

José María Eyzaguirre García de la Huerta, Presidente del Tribunal Arbitral

Andrés Jana Linetzky, Coárbitro

Manuel José Vial Vial, Coárbitro

Árbitros Arbitradores

Fecha Sentencia: 30 de mayo de 2012

ROL 1278-2010

MATERIAS: Contrato de construcción a precios unitarios – contratista – mandante – término anticipado del contrato por la mandante – incumplimiento grave del contrato que autoriza de pleno derecho y sin intervención de autoridad el término anticipado del contrato – atraso superior al 20% en la ejecución de las obras – mandante soberana para determinar si contratista ha infringido o no sus obligaciones – licitud de la terminación anticipada del contrato – indemnización de perjuicios – efectos de la terminación – buena fe contractual – condición resolutoria tácita – pacto comisorio calificado – ejercicio legítimo de una facultad contractual – daño emergente – lucro cesante – daño extrapatrimonial.

RESUMEN DE LOS HECHOS: La sociedad XX dedujo demanda de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual en contra de la sociedad ZZ, toda vez que esta última habría puesto término a su relación contractual unilateral y anticipadamente en virtud de la aplicación de una cláusula, cuyos supuestos no se cumplirían según la Demandante.

Las partes celebraron el “Contrato de construcción a precios unitarios”, en virtud del cual la Mandante (ZZ) encargó al Contratista (XX), el desarrollo y ejecución de las labores comprendidas para realizar la instalación eléctrica y fibra óptica en AR. Dichas obras comprendían todas las obras de movimiento de tierra (excavaciones, rellenos y transporte de excedentes), construcción de fundaciones, instalación de transformadores, instalación de *switchgears*, tendido y conexión de cables de fuerza, tendido, instalación y conexión de fibra óptica, pruebas y mediciones de fibra óptica, necesarias para operar las antenas que se instalen en el AR. El Contrato fue suscrito bajo la modalidad de Contrato de Construcción a serie de precios unitarios para los costos directos y a suma alzada para los costos indirectos.

Para la celebración del referido Contrato, la demandada inició un proceso de licitación privado, en que la información técnica fue proporcionada por ella. Dentro de esta se encontraba un informe técnico de suelo, el que según la Demandante, tenía información errónea, específicamente, respecto de la composición rocosa del suelo. Ese informe, señala que la sociedad XX, no habría permitido un adecuado estudio del proyecto, programación de recursos económicos y temporales.

La Demandante alega que durante el desarrollo de los trabajos objeto del Contrato, se generaron inconvenientes y dificultades para cumplir sus obligaciones derivadas del desconocimiento de la existencia de material rocoso en el suelo. Por lo mismo, aquéllas habrían sido absolutamente imputables a la demandada.

En virtud de estos incumplimientos ZZ habría puesto término al contrato, amparándose en la cláusula contractual decimonovena número dos que le otorgaba dicha facultad cuando se configurase un incumplimiento grave del Contrato, entendido este como un retraso superior al 20% en el avance de los trabajos.

La Demandante, frente a esto señaló que no se habrían verificado los presupuestos para la aplicación de dicha cláusula contractual, por dos motivos:

- i. La cláusula supone que el atraso fuere imputable a XX, y no a ZZ, como efectivamente habría ocurrido al encontrarse roca en los trabajos de excavación, cuestión no advertida por la Demandada en el informe de suelo presentado en la licitación, y
- ii. Agrega además que el supuesto retraso estaría mal calculado, dado que las obras de un sector que se consideraron para aducir el incumplimiento, no habrían sido parte de aquéllas contratadas con la Demandante.

En cuanto a las consideraciones de derecho, la Demandante invoca la buena fe contractual contenida en el Artículo 1.546 del Código Civil, indicando que la Demandada habría infringido el deber de comportarse de buena fe durante la ejecución del contrato e, igualmente, en la etapa post contractual. Además, invoca el Artículo 1.489 del mismo Código, referido a la condición resolutoria tácita envuelta en los contratos bilaterales, en virtud de la cual el contratante diligente tiene el derecho alternativo de solicitar el cumplimiento del contrato, o su resolución, y en ambos casos con la respectiva indemnización de perjuicios.

XX también señaló que el Contrato contemplaba un pacto comisorio calificado mediante el cual, concretándose ciertas circunstancias, se podía poner término anticipado al mismo. Según la demandante no se habrían cumplido estos supuestos para la aplicación del mentado pacto, y por lo tanto, la Demandada no tendría derecho para poner término al contrato.

La Demandante argumenta también que habría sufrido múltiples daños producto del incumplimiento por parte de la Demandada. Ellos consistirían en daño emergente, lucro cesante y daño extrapatrimonial por la afectación de su prestigio, fama y reputación en el mercado nacional.

Por todo lo anterior pide al Tribunal que declare que **(i)** la Demandada ha incumplido el Contrato; **(ii)** que el incumplimiento de esas obligaciones contractuales ha causado perjuicios; **(iii)** que la demandada, al ser responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento, debe indemnizarlos y que ellos deberán ser pagados debidamente reajustados y con los intereses que se devenguen en el tiempo intermedio, y, **(iv)** que la demandada debe pagar las costas del juicio.

Por su parte, en la contestación, la sociedad ZZ indicó que en el proceso de licitación se les entregó toda la información disponible del lugar, incluyendo visitas y períodos de preguntas y respuestas. Señala que la información geotécnica entregada durante la licitación era precisa y se encontraba respaldada por 79 calicatas realizadas en la zona. Agrega que este informe geotécnico tenía por objeto fundamental establecer las condiciones geológicas y geotécnicas del terreno, asegurando que para sustentar una oferta económica para la ejecución de las obras del Contrato, la información geológica y geotécnica del informe no era suficiente y resultaba indispensable considerar antecedentes adicionales, tales como los planos que definieran la profundidad de las zanjas y las especificaciones técnicas del proyecto. Asimismo, la Demandada considera indispensable aclarar que al momento en que la Demandante presentó su oferta, contó con el mentado informe geotécnico, conoció además la profundidad exacta de las zanjas definidas en los planos del proyecto y se pactó la definición contractual de roca. Agrega que la calidad de experto de la Demandante y la posibilidad de recabar datos adicionales, además de poder efectuar consultas al Mandante, los hace llegar a la conclusión de que la Demandante tuvo acceso a toda la información relevante respecto a las condiciones del terreno, y que la oferta debió ser informada.

En cuanto a la segunda razón esgrimida por la Demandante para señalar que el término anticipado del Contrato es improcedente, la Demandante señala que la exclusión de los trabajos civiles mencionados por ZZ no es efectiva, señalando a este respecto que el relato de la Demandante es parcial. Así, señalan como hecho efectivo que en un momento determinado y para permitir a la Demandante paliar su atraso crónico, se les propuso la posibilidad de contratar otra empresa para dichos trabajos, pero posteriormente ello no fue posible. En razón de lo anterior, consideran que el cálculo del porcentaje de atrasos del total del proyecto debe incluir el atraso de los trabajos que la Demandante quiere excluir.

En cuanto al término anticipado del Contrato, ZZ señaló que la causal de término que ejerció es la correspondiente al incumplimiento del contratista, consistente, entre otros, en el retraso superior al 20% en el avance de los trabajos. Para la Demandada, los hechos que determinaron el término de la relación contractual son principalmente: **(i)** la incapacidad de gestionar adecuadamente la participación de un subcontratista en la ejecución del proyecto; **(ii)** la incompetencia de la Demandante en las labores de programación; **(iii)** la insuficiencia de los equipos utilizados; **(iv)** graves falencias en la coordinación de los trabajos; **(v)** la alta rotación en los cargos de responsabilidad en la gestión de la obra; **(vi)** incidentes relacionados con la rotura de cables.

ZZ agrega que, a su juicio, la pretensión indemnizatoria ejercida por la demandante fue desmesurada e infundada. Lo anterior porque los montos exigidos por la demandante, no serán procedentes, toda vez que es el mismo Contrato el que regula de forma clara y expresa cuáles son los efectos que la terminación de la relación contractual produce que son, a saber que la demandante de autos, solo tendría derecho a reclamar las sumas correspondientes a los estados de pago que estuvieran pendientes a la fecha de terminación anticipada y, a condición que las obras involucradas a ese momento estuvieran completamente ejecutadas y recibidas conforme, además del pago de una suma equivalente al 10% del saldo del costo indirecto de las obras no ejecutadas, a título de indemnización única y total de perjuicios, más los costos imprevistos, inherentes al término anticipado del personal atinente, los materiales existentes en la obra y las órdenes de compra y de servicios que no pudieran revocar.

En cuanto a las consideraciones de derecho, pide que se rechace la demanda por sostener que no existe incumplimiento contractual en el ejercicio legítimo de un derecho, que a su juicio le otorgaba la facultad de poner término unilateral a la relación contractual con la Demandante en caso de incumplimiento del Contrato.

Agrega en lo referente al atraso, que los tiempos de avance de las obras eran medidos y calculados por la demandante, por lo tanto, que se intenta impugnar una cifra que ella misma determinaba.

Finalmente la Demandada solicita al Tribunal que la demanda sea rechazada, toda vez que, a su juicio, habría cumplido estrictamente con todas sus obligaciones contractuales durante la vigencia del Contrato y que ese cumplimiento fue de buena fe. Adicionalmente señala que no se cumplen los requisitos para la procedencia de la indemnización de perjuicios. En cuanto a los daños reclamados, que la demandante no ha argumentado una conducta dolosa por parte de ZZ, y que, en consecuencia con lo indicado en el Artículo 1.558 del Código Civil, no corresponde solicitar la reparación de daños que no fueron consecuencia inmediata y directa del supuesto incumplimiento que se imputa al deudor. Que tampoco corresponde pedir la indemnización de daños que no se previeron o no pudieron preverse al momento de contratar.

En cuanto a los montos que se reclaman, la demandada señala que los daños demandados a título de daño emergente no proceden ya que se habría aplicado lo dispuesto en la cláusula contractual, que permitiría suspender los estados de pagos pendientes y retenerlos a título de indemnización de perjuicios, sin recurrir a arbitraje ni a requerimiento judicial para efectos de la constitución en mora.

LEGISLACIÓN APLICADA:

Código Orgánico de Tribunales: Artículo 223

Código de Procedimiento Civil: Artículos 170 número 5; 358 número 5; 628 y siguientes.

Código Civil: Artículos 1.437, 1.489, 1.545 y 1.546.

DOCTRINA: La sociedad ZZ al poner término al contrato hizo uso de la facultad que la autorizaba a poner término anticipado por incumplimiento del contratista, esto es, la sociedad XX.

Conforme a dicha cláusula contractual, la mandante tendrá derecho a declarar de pleno derecho y sin intervención de autoridad alguna el término anticipado del Contrato en diversos casos que allí se plantean, uno de los cuales es por incumplimiento del Contratista. Además se señala que la Mandante es soberana para determinar si el contratista ha infringido o no sus obligaciones, sin perjuicio del derecho de este a reclamar ante el Tribunal Arbitral.

En consecuencia, para el análisis del atraso imputado a la Demandante y su reclamo en el sentido que el mismo es injustificado, deberá estarse a lo dispuesto en las disposiciones contractuales. Esto resulta relevante por cuanto la Demandante no discute en estos autos que al momento de ejercerse por la Demandada la facultad de poner término anticipado al Contrato, efectivamente existía un porcentaje de atraso superior al 20% del tiempo total de ejecución estipulado en el Contrato. Lo que esta disputa es la imputabilidad y forma de cálculo de ese porcentaje. En efecto, la Demandante sostiene que dicha notificación de término de Contrato por parte de ZZ constituye una violación del Contrato puesto que, si bien reconoce el atraso de un 20% en la ejecución de las obras, dicho atraso no le es imputable sino que debe imputarse a la Mandante.

Corresponde entonces que el Tribunal revise el mérito de cada una de las razones que la Demandante ha invocado para justificar el atraso en la ejecución de las obras.

En cuanto a la información defectuosa entregada por la Mandante al momento del llamado a licitación y aparición de roca en las excavaciones, el Tribunal no puede dar por establecido en el proceso dicha falta de información, y menos aún, la presencia en las excavaciones de roca de las características definidas en el Contrato que hubiese motivado el atraso en la ejecución de los trabajos. A mayor abundamiento, no existe en este proceso informe pericial alguno que confirme la aparición o existencia de roca en los terrenos del AR utilizando la voz “roca” en el sentido acordado por las Partes y que puede diferir de su uso normal y corriente. En efecto, las Partes pactaron en el Contrato una definición que es relevante para la determinación de la existencia o inexistencia de roca, definición a la que no hace referencia el informe presentado por la Demandante.

En cuanto a la razón que esgrime la demandante para sostener que el atraso en la ejecución de las obras no le era imputable, esto es, que a la fecha en que se puso término al Contrato el porcentaje de atraso no alcanzaba al 20% que exige la cláusula respectiva, el Tribunal concurre con lo expresado por la demandada, en el sentido que no ha observado antecedentes donde se demuestre que un acuerdo como el que alega la demandante se haya formalizado a través de una modificación del Contrato y la emisión de la consiguiente orden de cambio.

Debe tenerse presente además para determinar los avances o retrasos en la ejecución del proyecto, y en consecuencia los atrasos incurridos, que ellos se hacían en base a los informes de programación que presentaba el Contratista. De este modo, el atraso de 20% que dio lugar a la terminación del Contrato, fue establecido en virtud de los propios programas de avance de obra elaborados por la Demandante.

De los antecedentes expuestos cabe concluir que la terminación del Contrato por incumplimiento del contratista en los términos establecidos en la cláusula decimonovena del Contrato está de acuerdo con los términos de dicho Contrato, tanto en lo que se refiere al porcentaje del atraso como a la imputabilidad de dicho atraso a la contratista. En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que la parte demandada ha cumplido el Contrato.

Habiendo resuelto el Tribunal que la demandada no ha incurrido en incumplimiento al haber puesto término anticipado al Contrato, corresponde igualmente rechazar la solicitud de indemnización de perjuicios de la demandante que se funda en haber existido un incumplimiento del Contrato.

En cuanto a las consecuencias que conforme al Contrato se siguen en el evento de término anticipado del mismo, este regula explícitamente los efectos económicos de la terminación, en la cláusula decimonovena número 3, refiriéndose a ciertas partidas contenidas en la demanda, específicamente al Estado de Pago N° 14, Estado de Pago N° 15 y las retenciones. Ello por lo demás, ha sido reconocido por la demandada quien se ha referido en sus defensas a las razones por las cuales según el Contrato no procedería que se pagaran a la Demandante las cifras mencionadas.

Corresponde que el Tribunal interprete la referida cláusula y determine si resulta legítimo para la demandada no pagar a la demandante los estados de pago y las retenciones reclamadas.

En cuanto a las retenciones de conformidad con el Contrato, estas constituyen una garantía adicional de todas las obligaciones asumidas por el contratista. En consecuencia, el monto de dichas retenciones puede destinarse e imputarse a los perjuicios que haya originado el incumplimiento contractual del contratista, debidamente establecidos y probados en juicio.

Ello es consistente con lo dispuesto en la citada cláusula decimonovena número 3 del Contrato. Según se ha visto, en la primera parte de la cláusula se estipula que en el evento que la terminación se produzca por incumplimiento del Contratista, el Mandante podrá hacer efectivas las garantías y retenciones otorgadas por el Contratista y resuspender los estados de pago que se encuentren pendientes, todo ello a título de indemnización de perjuicios, sin necesidad de recurrir a arbitraje ni a requerimiento judicial para efectos de constitución en mora, lo que no obstará el derecho de la Mandante de perseguir por cualquiera otros medios, el pago del total de los perjuicios si estos fueren mayores. No obstante, la cláusula misma establece que con todo, la Mandante deberá pagar al Contratista hasta el último estado de pago correspondiente a obras ya ejecutadas y debidamente aprobadas. Señalando por último que a la liquidación final a que haya lugar se descontará el mayor precio que pueda costar la ejecución del Proyecto, sea que esta se realice por administración directa o mediante un nuevo contrato.

En opinión del Tribunal, la debida interpretación de las cláusulas requiere efectuar ciertas precisiones respecto de su alcance. En primer lugar debe hacerse una distinción respecto de estados de pago correspondientes a obras ya ejecutadas y debidamente aprobadas. Estos corresponden al contratista en todo caso, sin perjuicio de la compensación a la que pudiera haber lugar en la liquidación final en razón del mayor precio que pudiera costar la ejecución del proyecto, lo que estará sujeto por cierto a la justificación y prueba de la mandante de la existencia de dicho mayor precio y al requisito de liquidación final al que hace referencia. Respecto de las retenciones, el mandante puede en cuanto constituyen garantías, hacerlas efectivas a título de indemnización de perjuicios, lo que requerirá nuevamente que se justifiquen los perjuicios contra los cuales dichas retenciones se harán efectivas.

En cuanto a los estados de pago, la demandante ha solicitado el pago del Estado de Pago N° 14 y N° 15. En cuanto al Estado de Pago N° 14, se encuentra regulado en la última parte de la cláusula decimonovena número 3 del Contrato, sin

que exista a su respecto la facultad de “resuspender” los estados de pago que se encuentren pendientes. Un estado de pago que diga relación con obras ya ejecutadas y aprobadas debe ser pagado, excepto el derecho a compensación que el Contrato otorga al mandante en caso de mayor precio reflejado en la liquidación final. La demandada no ha justificado ni probado en el caso de autos la concurrencia de dichas circunstancias.

En cuanto al Estado de Pago N° 15, este no ha sido conocido ni aprobado por la demandada, por lo que su solicitud de pago es improcedente al tenor de la cláusula decimonovena número 3 del Contrato, que solo ordena pagar los estados de pago debidamente aprobados por el mandante.

Finalmente, en cuanto a las retenciones, si bien la demandante no aportó prueba respecto de las que alega, la demandada ha reconocido un menor valor por dicho concepto, por lo que el Tribunal tomará este menor valor como la cifra a la que asciende el monto de las retenciones al momento de ponerse término anticipado al Contrato.

DECISIÓN: Se rechazan las peticiones (i) y (ii) de la demanda, y se hace lugar únicamente a la petición (iii), en cuanto al pago del Estado de Pago N° 14 y devolución de ciertas retenciones que la demandada deberá pagar a la demandante. Dichas cantidades deberán pagarse debidamente reajustadas y con intereses corrientes entre la fecha de la terminación anticipada del Contrato y la fecha en que se haga su pago efectivo. En cuanto a las costas del juicio, cada parte pagará las suyas y las costas comunes se pagarán por mitades entre ambas. Se rechazan todas las demás peticiones, alegaciones y defensas presentadas por las partes.

SENTENCIA ARBITRAL:

Santiago de Chile, 30 de mayo de 2012

1. Conforme a lo establecido en los Artículos 30 y 31 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional (Reglamento) del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago), se dicta el siguiente Laudo Final (Laudo). En el primer capítulo del presente Laudo se identifican las partes del procedimiento y los miembros del Tribunal Arbitral, seguido de una síntesis de la historia procesal. En el segundo capítulo se exponen los hechos del caso y las principales alegaciones de las partes en la Demanda, Contestación, Réplica y Dúplica, con referencia a la prueba documental y testimonial ofrecida. En el tercer capítulo se señala cuáles son las preguntas que el Tribunal Arbitral debe responder para adjudicar la controversia y en el cuarto capítulo se aborda el razonamiento del Tribunal Arbitral. Finalmente, se exponen las decisiones del Tribunal Arbitral, incluyendo la decisión sobre los costos del arbitraje.

I. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

a) Partes en el procedimiento y miembros del Tribunal Arbitral

i. La Demandante

2. La Demandante en este procedimiento es XX, sociedad chilena de responsabilidad limitada representada por don V.P., y para efectos de este procedimiento, está domiciliada en DML comuna de Las Condes, Santiago de Chile, Chile. Durante este arbitraje la Demandante fue representada por don AB1 domiciliado, también, en DML, comuna de Las Condes, Santiago de Chile, Chile.
3. Para efectos de este Laudo se le denominará indistintamente como XX, el Contratista o Demandante.

ii. La Demandada

4. La Demandada en este procedimiento es ZZ, sociedad académica de origen estadounidense dedicada a la investigación científica representada por don E.H., de profesión Astrónomo. Durante el transcurso del presente arbitraje, la Demandada fue representada por don A.R. y M.P. de la firma AB2.
5. Para efectos de este Laudo se le denominará indistintamente como ZZ, la Mandante o Demandada. Por su parte, cuando se haga referencia a la Demandante y a la Demandada conjuntamente, se les denominará Partes.

iii. Miembros del Tribunal Arbitral

6. El Tribunal Arbitral está compuesto por los siguientes Jueces Árbitros:
 - José María Eyzaguirre García de la Huerta – Presidente.

- Andrés Jana Linetzky.
- Manuel José Vial Vial.

b) Síntesis de la historia procesal

7. Con fecha 7 de septiembre de 2010, la Demandante, representada por don V.P., presentó al CAM Santiago una solicitud de arbitraje basada en la cláusula arbitral existente en el Contrato de Construcción a Precios Unitarios SSS09-01 celebrado entre ZZ como Mandante por una parte, y por la otra XX con fecha 4 de septiembre de 2009 (el Contrato). Específicamente, en la cláusula trigésimo tercera, solicitando que se designara un Tribunal Arbitral conforme a lo establecido en el Reglamento con el objetivo de que se resolviera una controversia emanada de las obligaciones contractuales del referido instrumento.
8. A fojas 54 del proceso, consta el Acta de Designación de los miembros del Tribunal Arbitral de fecha 19 de octubre de 2010, en la cual el CAM Santiago designó como miembros del Tribunal Arbitral a don Juan Carlos Dörr Zegers y a don Andrés Jana Linetzky, para que conocieran del asunto materia del arbitraje.
9. A fojas 55 y 56 consta respectivamente el acta de aceptación del cargo y declaración de independencia e imparcialidad de los señores Andrés Jana Linetzky y Juan Carlos Dörr Zegers. A fojas 62 consta la carta del abogado de la Demandante, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento, hizo presente la existencia de una presunta causal de recusación del Árbitro don Juan Carlos Dörr Zegers, solicitando al CAM Santiago que resolviera sobre el asunto. Con fecha 9 de noviembre de 2010 el CAM Santiago puso en conocimiento de los miembros del Tribunal Arbitral la solicitud de recusación. A fojas 72 del proceso, el Árbitro don Juan Carlos Dörr Zegers señaló como efectivos los hechos en los que se sustentaba la recusación, renunciando a su calidad de miembro del Tribunal Arbitral.
10. Con fecha 18 de noviembre de 2010, en presentación de fojas 74, el CAM Santiago designó como miembro del Tribunal Arbitral a don Manuel José Vial Vial, y como presidente del mismo a don José María Eyzaguirre García de la Huerta. Los nuevos Árbitros aceptaron el cargo y declararon su independencia e imparcialidad como consta a fojas 75 y 76 respectivamente.
11. A fojas 79 consta la resolución de fecha 3 de diciembre de 2010, en la que el Tribunal Arbitral citó a las Partes a la audiencia de fijación de bases del procedimiento el día 20 de diciembre de 2010 conforme a lo establecido en el artículo 21 del Reglamento (Bases del Procedimiento). Respecto a la materia del arbitraje, el acta de la referida audiencia da cuenta que el arbitraje se constituyó a fin que el Tribunal Arbitral resuelva las diferencias entre las Partes en relación con el cumplimiento del Contrato, conforme a los términos de la solicitud de arbitraje.

i. La conciliación

12. Conforme consta a fojas 353 del proceso, con fecha 19 de julio de 2011 el Tribunal Arbitral resolvió, teniendo presente lo informado por las Partes, suspender el comparendo de conciliación, ya que estas manifestaron por escrito la imposibilidad de poner fin al litigio por este medio.

ii. Audiencia

13. Conforme lo establecido en el artículo 25 del Reglamento, a fojas 355 consta que con fecha 27 de julio de 2011, el Tribunal Arbitral de acuerdo al procedimiento pactado entre las Partes, las citó a una audiencia para que realizaran sus alegatos orales y efectuaran las respectivas interrogaciones o contrainterrogaciones a los testigos. Esta audiencia tuvo lugar el día 22 de septiembre de 2011.

c) La demanda

14. Conforme a lo establecido en las Bases del Procedimiento, el día 7 de marzo de 2011 se dedujo demanda de incumplimiento del Contrato e indemnización de perjuicios sobre la efectividad: **(i)** del incumplimiento contractual de la Demandada del Contrato SSS09-01 de 4 de septiembre de 2009; **(ii)** la existencia y causalidad de perjuicios directos en torno a los daños reclamados con ocasión del incumplimiento por la Demandada; **(iii)** del deber de la Demandada de indemnizar los perjuicios a la Demandante y, **(iv)** de la procedencia que la Demandada pague las costas del juicio arbitral¹.

¹ Ver Demanda por incumplimiento de contrato e indemnización de perjuicios de 7 de marzo de 2011 ("Demanda").

i. Síntesis de los hechos de la demanda

15. Con fecha 4 de septiembre de 2009, las Partes celebraron el Contrato materia de este arbitraje, cuyo propósito era el desarrollo y ejecución de la instalación eléctrica y fibra óptica en un sector denominado AR, de acuerdo con las condiciones y términos establecidos en el Contrato y los documentos que forman parte del mismo.
16. Se señaló que el lugar donde las obras objeto del Contrato tendrían lugar se encuentra a 61 kilómetros al sureste de la localidad de SS, a una altitud aproximada de 5.030 metros sobre el nivel del mar. Las obras serían parte del proyecto radioastronómico denominado MM.
17. En febrero del año 2009, la Demandada inició un proceso de licitación privado para la celebración de un Contrato para la Instalación Eléctrica y Fibra óptica en AR (AR Utilities –Electrical and FF) proceso en el que la información técnica de la obra habría sido proporcionada por ZZ. Dentro de los antecedentes que la Demandada entregó en el proceso de licitación, está el informe técnico de suelo– correspondiente al sitio de los trabajos- denominado “Final Report. Excavation and Geological/Geotechnical Assessment 79 Locations at the MM AR”. Este informe, agrega, tendría información errónea, específicamente, respecto de la composición rocosa del suelo. Ese informe, señala la Demandante, no permitió un adecuado estudio del proyecto, programación de recursos económicos y temporales.
18. La Demandante presentó la primera oferta a la Demandada el 1 de abril de 2009 por un monto ascendiente a \$ 7.600.018.128 más IVA. Hace presente que una vez presentada la oferta comenzó un intenso período de negociaciones, tendientes a ajustar el presupuesto, siendo el ítem más importante a discutir, el relativo a las obras civiles. Las obras civiles estarían a cargo de una empresa subcontratada, hecho que habría sido conocido por la Demandada.
19. En este contexto, la Demandante propuso como empresa colaboradora a Ingeniería TR1, cuya oferta técnica no había sido objetada por XX, pero que sí fue rechazada en relación a su precio. La razón por la cual se habría considerado que el precio de TR1 era muy alto era que la Demandada había tratado con otra empresa subcontratista, TR2 cuyos precios para las obras civiles eran considerablemente menores.
20. En relación con lo relatado anteriormente, la Demandante expresó que ZZ le requirió bajar los precios, hecho que fue concretado en el interés de adjudicarse el Contrato, pero no en el monto que la Demandada requería. Así, señala la Demandante, don E.D., gerente de Construcción de ZZ, habría instruido a XX a contratar con TR2 con el objeto de bajar los precios asignados a las partidas de obras civiles y llegar a un precio de común interés. Así, se optó por aceptar a TR2 como subcontratista.
21. El día 15 de mayo de 2009, TR2 presentó una oferta a XX por las obras civiles, correspondiente a \$ 1.159.514.401 millones más IVA, siendo esta una oferta un 47% más baja que la de menor valor entregada por TR1.
22. Así, la Demandante incorporó la oferta realizada por TR2 a su presupuesto, el que fue aprobado por la Demandada con fecha 15 de mayo de 2009. La escrituración del Contrato se produjo con fecha 4 de septiembre de 2009, a pesar de haber iniciado los trabajos el día 27 de julio de 2009.
23. Mientras los trabajos objeto del Contrato estaban en ejecución, la Demandante señala que por hechos y circunstancias ajenas a su responsabilidad, se generaron inconvenientes y dificultades para cumplir debida y convenientemente con sus obligaciones contractuales. De acuerdo a la Demandante los hechos y circunstancias que dificultaron la ejecución de la obra son plenamente atribuibles a la Demandada.
24. El día 30 de junio de 2010, ZZ le habría informado a XX que el Contrato se terminaría con esa fecha por aplicación de una cláusula contractual que le otorgaba la facultad de terminar el Contrato cuando se configuraba un retraso superior al 20% en el avance de los trabajos. Señala que para que esa cláusula tuviese plena aplicación, el atraso debía ser imputable a la Demandante y no a la Demandada. Respecto de este hecho, señala la Demandante, no habría habido atraso imputable a XX atendiendo a dos motivos principales:
 - **Aparición de roca:** el trabajo se vio afectado por la aparición de roca en los trabajos de excavación. De acuerdo a la Demandante, la existencia de roca no fue informada por ZZ en el proceso de licitación. El cambio de condición del terreno provocó un atraso importante en el proyecto, que en todo caso, no era imputable a la Demandante.

- **Exclusión de trabajos civiles del CL:** la Demandante señala que el cálculo del retraso es equivocado, dado que las obras de un sector denominado CL no habrían sido parte de aquellas contratadas con la Demandante, sino que habían sido encargadas a una empresa distinta.
25. La Demandante señala que el porcentaje de atraso nunca alcanzó el tope de 20% y que ZZ puso término anticipado al Contrato sin la concurrencia fáctica prevista en el mismo.
 26. Respecto de la relación entre XX y TR2, la Demandante señala que desde los inicios de las obras civiles –aquellas de la especialidad de TR2– esta habría tenido problemas en la ejecución de las obras comprometidas atendiendo a la aparición de rocas, condición del suelo que no estaba prevista ni por la Demandante ni por TR2. Bajo ese contexto, en septiembre de 2009 TR2 manifestó que la aparición de rocas, además de producir atrasos, generaba un importante impacto en los costos bajos los cuales había contratado con la Demandante.
 27. En relación a esta situación, la Demandante se comunicó con la Demandada con el propósito que se modificara el Contrato, y así traspasar las modificaciones contractuales a la relación con TR2. No obstante lo anterior, la Demandada decidió no involucrarse en la relación contractual entre la Demandante y TR2. Esta situación derivó en negociaciones infructuosas con TR2 quien, finalmente, se retiró de las obras dejando inconclusos varios trabajos de excavación, provocando perjuicios a juicio de la Demandante, los que la arrastraron a tomar medidas urgentes para reactivar los trabajos, con sus consecuentes costos adicionales.
 28. Toda esta situación se habría generado por la errónea información de suelo entregada por la Demandada, pues esta no informó la existencia de material de roca en el proceso de licitación. Más aún, agrega la Demandante, ZZ nunca se puso a disposición para discutir el cambio en las circunstancias que generaba la aparición de roca y la enorme diferencia existente entre la situación descrita por el informe técnico entregado en la licitación, y la situación encontrada en el terreno. Así, se señala que el suelo debía ser de aquellos prácticamente sin roca o con un porcentaje muy bajo (que no requería equipos especiales ni recursos especiales) que, en todo caso, no debía superar el 6,4% del total de material excavado para tramos de zanja y un 13,1% para las excavaciones de puesta a tierra de equipos, de acuerdo al reporte geológico. Agregan asimismo que el tema de la existencia de roca fue relevante en la serie de preguntas y repuestas del proceso de licitación, pero que la Demandada no proporcionó la información necesaria para prever la situación.
 29. Respecto de las medidas de mitigación de los atrasos, la Demandante señala que en razón del abandono de la obra por parte de TR2 requirió el actuar inmediato de XX subcontratando a la empresa TR3 para realizar los trabajos inconclusos. Dicha empresa tampoco pudo terminar con las obras atendiendo a razones relacionadas propiamente con su trabajo, y también por la existencia de cambios en los trabajos encargados por ZZ. Así, la Demandante decidió asumir el trabajo directamente y arrendar la maquinaria y equipos necesarios que incluían nuevos costos adicionales, trabajo que reconoce haber asumido en honor al respeto de la relación contractual. Señala que incluso así no fue posible avanzar al nivel esperado en las obras.
 30. Dado que el costo del arrendamiento de los equipos era muy alto, la Demandante decidió comprar máquinas para trabajar en las obras desde el 10 marzo de 2010 y hacer un acuerdo con la empresa experta en movimientos de tierra TR4. Esta situación le fue informada a ZZ con fecha 25 de junio de 2010 después de realizar todos los estudios y análisis necesarios para continuar las obras, permitiendo la Demandada el acceso a las obras y proveyendo el alojamiento necesario. Así, el día 26 de junio de 2010 se acordaron dos contratos con TR4, pero dichos contratos no alcanzaron a ser firmados debido a la terminación del Contrato invocada por la Demandada con fecha 30 de junio de 2010. Esa oferta, por un monto aproximado de \$ 2.000.000.000 permitía terminar las obras, específicamente, con trabajo en roca. Ese precio fue previamente negociado y terminó siendo del orden de \$ 1.600.000.000. Posteriormente a la terminación del Contrato, la Demandada no aceptó las comunicaciones de XX ni de TR4.
 31. Respecto de los trabajos en CL, la Demandante asegura que nunca estuvo en el marco de sus obligaciones realizar trabajos en dicho sector, por lo que todos sus esfuerzos se concentraron en abordar los trabajos de las otras áreas. Los trabajos en CL serían desarrollados por una empresa distinta, y por lo tanto no debe contabilizarse ese retraso en las obras para efectos de la aplicación de la cláusula de término anticipado del Contrato.

32. Respecto de la decisión de la Demandada de poner término anticipado al Contrato, el gerente de Administración y Finanzas de ZZ, don M.P., habría entregado al gerente Técnico de XX, una carta en la que se daba cuenta de un incumplimiento grave de obligaciones por parte de XX. Por medio de esa carta se comunicó la decisión de ZZ de poner término anticipado al Contrato, por la causal contenida en la cláusula 19 N°2 letra (b) del Contrato.
33. Adicionalmente, la Demandante señala que existieron controversias en relación con las órdenes de cambio suscritas entre la Demandante y la Demandada, asociadas a la modalidad de pago del ítem de costo indirecto del Contrato. A raíz de todos los problemas que surgieron en la ejecución de la obra, de acuerdo a lo relatado, las Partes libremente acordaron modificar el procedimiento de pago, de manera que el pago se realizara en relación al tiempo transcurrido y no sobre la base del avance. Esta modalidad que se encontraría vigente hasta completar el 60% del costo indirecto del Contrato, momento en el cual se volvería a la modalidad de pago original.
34. Así, la Demandante procedió a cobrar los estados de pago, sobre la base del nuevo acuerdo. Sin embargo, a partir del mes de abril de 2010 la Demandada decidió dejar sin efecto el acuerdo mediante una nueva orden de cambio, volviendo a la modalidad originalmente pactada. La Demandante señala haber sido obligada a suscribir la orden de cambio.

ii. Síntesis de las consideraciones de derecho invocadas en la demanda

1. Forma de cumplimiento de las obligaciones contractuales.

i. La buena fe contractual

35. La Demandante invoca, en primer término, la buena fe contractual como consideración de derecho codificada en el Artículo 1.546 del Código Civil. Así, señala que la Demandada habría infringido el deber de comportamiento contractual de buena fe en las etapas de cumplimiento del Contrato y en la etapa post contractual. Así señala que en la etapa de cumplimiento del Contrato la Demandante actuó de buena fe confiando en la información que la Demandada le entregó para planificar el proyecto e hizo, a pesar de todos los problemas que se generaron, todos los esfuerzos posibles para manejar el conflicto con TR2 por la aparición inesperada de roca, como también después de la decisión de terminar el Contrato. La Demandante señala haber tratado amigablemente de solucionar los conflictos, pero habría sido la Demandada la que no quiso tener comunicaciones.

ii. Incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato

36. La Demandante invoca el Artículo 1.489 del Código Civil referida a la condición resolutoria tácita envuelta en todos los contratos bilaterales, señalando que el contratante diligente tiene consagrado el derecho a opción por el que puede solicitar el cumplimiento del Contrato o su resolución y la respectiva indemnización de perjuicios. Asimismo, se señaló que el Contrato contendría un pacto comisorio calificado materializado en la cláusula decimonovena mediante la cual concretándose ciertas circunstancias se podía poner término anticipado al referido Contrato. Señala que a este respecto, no se cumplieron los requisitos para aplicar este pacto comisorio calificado y en ese sentido la Demandante ejerce la acción de incumplimiento de Contrato más indemnización de perjuicios atendida la concurrencia de los siguientes elementos: (i) Existencia de un contrato bilateral; (ii) incumplimiento de una o más obligaciones impuestas por el Contrato; (iii) el cumplimiento es imputable al deudor; (iv) la constitución en mora del deudor; (v) el cumplimiento de la obligación por parte del acreedor o encontrarse llano a hacerlo. Asimismo, se analizan los requisitos de la indemnización de perjuicios en torno al caso.
37. En definitiva, señala la Demandante que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la Demandada se materializó mediante: (i) entrega de información errónea asociada a las condiciones del suelo en la etapa de licitación; (ii) negativa de resolver el problema respecto de la aparición de roca planteado por la Demandante; (iii) imputar a la Demandante responsabilidad por el retraso asociado de los contratiempos derivados de la existencia de roca; (iv) desconocer el acuerdo alcanzado entre las Partes en orden a que los trabajos de excavación del sector CL iban a ser realizados por otra entidad; (v) no contabilizar los avances parciales ni los otros trabajos terminados por la Demandante al momento en que se puso término anticipado al Contrato, y (vi) hacer uso arbitrario y sin justificación plausible de la facultad de poner término anticipado al Contrato ya referida.
38. Respecto de los daños que se reclaman, el detalle es el siguiente:
39. **Daño Emergente:** señalan que la disminución patrimonial efectiva que sufrieron como causa del incumplimiento contractual que le imputan a la Demandada es la suma de \$ 1.153.414.845, los que desglosan de la siguiente forma:

- \$ 32.163.437, monto correspondiente al Estado de Pago N° 14, que al momento de la terminación del Contrato se encontraba aprobado por la Demandada, pero su pago estaba pendiente.
 - \$ 75.478.941, monto correspondiente al Estado de Pago N° 15, que al momento de la terminación del Contrato dicen se encontraba en proceso de revisión por la Demandada.
 - \$ 143.816.487, monto correspondiente a las retenciones acumuladas durante la vigencia del Contrato, detalladas en el Estado de Pago N° 15.
 - \$ 20.731.232, monto correspondiente a obras adicionales que la Demandante dice haber ejecutado, una vez terminado el Contrato, que no fueron presentadas a la Demandada para su revisión, aprobación y pago.
 - \$ 1.406.879 monto correspondiente a obras adicionales que la Demandante dice haber ejecutado una vez terminado el Contrato, que la Demandada revisó y aprobó por distintos medios, pero que no alcanzaron a ser presentadas para su pago.
 - \$ 224.057.545, monto que la Demandante señala como el mayor valor que desembolsó en razón de los trabajos de excavación a raíz de la aparición de la roca.
 - \$ 71.215.360, monto correspondiente al valor de las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo pagadas a los trabajadores de la Demandante.
 - \$ 116.409.714, monto correspondiente al valor de las instalaciones de faenas que la actora dice no haber alcanzado a recuperar a raíz de la terminación anticipada del Contrato, objeto de la controversia.
 - \$ 143.374.893, monto correspondiente a lo que XX señala haber perdido por concepto de la liquidación de los Contratos de leasing de maquinarias adquiridas para la realización del proyecto. El monto señalado lo obtienen de la diferencia entre el costo de las maquinarias y el valor de venta estimado por la compañía de leasing.
 - \$ 15.000.000, monto correspondiente a lo que la Demandante señala haber perdido por concepto de la liquidación de los Contratos de leasing de vehículos adquiridas para la realización del proyecto. El monto señalado se refiere a la diferencia entre el costo de las maquinarias y el precio de venta estimado por la compañía de leasing.
 - \$ 250.668.468, monto correspondiente a la aceleración en el gasto por concepto de costo indirecto.
 - \$ 39.091.889, monto correspondiente al mayor costo que la Demandante dice haber incurrido por concepto de recursos improductivos.
40. Al finalizar el detalle, XX hace presente que dichos montos deberán ser pagados por la Demandada de forma reajustada y con los intereses que se devenguen en el tiempo intermedio, para evitar la desvalorización económica.
41. **Lucro Cesante:** señala como monto a pagar la suma de \$ 758.589.715, que es desglosado en la Demanda de la siguiente forma:
- \$ 276.667.000, monto correspondiente a las utilidades no cobradas por la Demandante, calculadas desde la fecha en que se le puso término anticipado al Contrato hasta la fecha pactada por el término de la obra, según el Contrato.
 - \$ 481.922.715, monto que señalan como el perjuicio derivado de la imposibilidad de concluir normalmente los contratos de leasing.
42. **Daño extra patrimonial:** la Demandante asegura que como producto del incumplimiento de la Demandada se vieron afectados varios elementos que no son susceptibles de evaluación pecuniaria, ya que inciden el prestigio, reputación e imagen de la Demandante en el mercado nacional. Así, refuerza su argumentación por medio de jurisprudencia y doctrina que explica la naturaleza y procedencia de la indemnización por daño moral.
43. La Demandada señala como monto a indemnizar por concepto de daños inmateriales una suma no inferior a \$ 550.000.000, los que desglosan de la siguiente forma:
- \$ 300.000.000, correspondientes a la estimación del daño que la Demandante sufrió en su imagen y prestigio adquirido durante todos sus años de existencia en el mercado.
 - \$ 200.000.000, monto correspondiente a la estimación que realiza del perjuicio asociado a la pérdida de capital financiero, relacionado a la pérdida de capacidad crediticia que sufrieron luego del proyecto MM y la merma de su imagen financiera producida por su ingreso a sistemas de registro de morosidad.
 - \$ 50.000.000, corresponden a la estimación del daño sufrido por el capital humano de la Demandante.
44. Finalmente se solicita que la Demandada asuma el pago de las costas del juicio.

iii. Peticiones concretas

45. Las peticiones concretas de la Demandante son las siguientes:
- Que el Tribunal declare que la Demandada ha incumplido el Contrato de la forma señalada en la Demanda.
 - Que el incumplimiento de esas obligaciones contractuales ya señaladas ha causado de forma directa los perjuicios reclamados.
 - Que la Demandada, al ser responsable de los perjuicios causados por su incumplimiento debe indemnizarlos conforme a lo señalado en la Demanda, y que ellos deberán ser pagados debidamente reajustados y con los intereses que se devenguen en el tiempo intermedio.
 - Que la Demandada debe pagar los costos del juicio.

d) La contestación de la demanda

46. Conforme a lo establecido en las Bases del Procedimiento, la Demandada contestó la demanda con fecha 18 de abril de 2011 como consta a fojas 219 del expediente arbitral².

i. Síntesis de los hechos de la contestación de la demanda

47. La Demandada señala que en el marco de las actividades relacionadas con la construcción del proyecto MM, se llamó a varias empresas a un proceso de licitación privada, para que desarrollaran la labor de instalación de equipos, cables eléctricos y de fibra óptica, necesarios para construir las instalaciones en la zona AR, con el fin de comunicar y energizar cada una de las posiciones de las antenas.
48. La Demandada asegura que como parte del proceso de licitación se les entregó toda la información disponible del lugar, incluyendo visitas al terreno donde debía ejecutarse la obra. En el proceso de licitación, como es habitual, se contempló un período de preguntas y respuestas, las que dice haber puesto en conocimiento de todos los participantes en la licitación.
49. Relata que el proceso de licitación concluyó con la selección de XX -la Demandante-, iniciándose un proceso de negociación bilateral. La Demandada señala que en esas negociaciones bilaterales se redujo el precio de la oferta inicial, y se estableció un plazo máximo para la ejecución de las obras de 18 meses. Asimismo, la Demandada señala que la Demandante inició conversaciones con TR2, para que esta realizara las labores de movimiento de tierras. Finalmente la Demandante presentó su oferta final por un precio \$ 5.313.188.685, más IVA, el día 15 de mayo de 2009.
50. Así, la Demandada señala que el día 23 de julio de 2009 comunicó por escrito a la Demandante la orden de proceder, comenzando los movimientos de tierra a finales de agosto de 2009, pero que los trabajos propiamente tales no se iniciaron hasta la firma del Contrato el 4 de septiembre de 2009.
51. En relación al Contrato objeto de la *litis*, señalan como objetivo del mismo era la construcción de una red de distribución de energía eléctrica, con varias especificaciones, las que incluyen fibra óptica. La Demandada hace presente la complejidad de la obra, la que no solo incluye la instalación de cables eléctricos y fibra óptica, sino también de excavaciones y otras obras civiles.
52. La Demandada reconoce que las condiciones geológicas y climáticas del terreno obligaban a la Demandante a tener una coordinación estrecha con las actividades de excavación, de modo que estas se desarrollaran secuencialmente y con intervalos mínimos, para evitar problemas en la ejecución de la obra.
53. Por otro lado, se describe el precio del Contrato y su modalidad de contratación, la forma de pago del mismo, las retenciones y los subcontratos, señalando respecto de esta última que, de acuerdo a la cláusula N° 17 del Contrato, la subcontratación no libera a la Demandante de ninguna de las obligaciones que le impone el Contrato con relación a los trabajos que realice el subcontratista. En razón de lo anterior, añade que resulta inaceptable que la Demandante pretenda deslindar su responsabilidad respecto de las partidas de excavación de las zanjas y movimientos de tierra en general, alegando en su demanda que su especialidad son los trabajos de instalación

² Contestación de la demanda de 18 de abril de 2011 de ZZ ("Contestación").

eléctrica, y concluye que el Contratista es responsable de la totalidad de las obras. De acuerdo a la contestación de la demanda, la Demandante se obligó a ejecutar totalmente el proyecto a más tardar el 1 de marzo de 2011.

54. Respecto al término anticipado del Contrato, señala que la causal de término anticipado del Contrato que ejerció se encuentra en la cláusula N° 19 N°2 de este último. Es decir, por incumplimiento del contratista. En razón de la misma, señala como desmesurada e infundada la pretensión indemnizatoria ejercida por la Demandante, ya que si la referida causal fuere la señalada en el numeral 1° establece que si la mandante ejercita la facultad de poner término al Contrato por decisión unilateral y sin causal, el contratista solo tendría derecho a reclamar las sumas correspondientes a los estados de pago pendientes a la fecha de terminación anticipada, a condición que las obras involucradas a ese momento estén completamente ejecutadas y recibidas conforme, más el pago de una suma equivalente al 10% del saldo del costo indirecto de las obras no ejecutadas, a título de indemnización única y total de perjuicios, más los costos imprevistos inherentes al término anticipado del personal atinente, los materiales existentes en la obra y las órdenes de compra y de servicios que no se pudieren revocar, pasando todos esos servicios y materiales a propiedad de la Mandante.
55. Respecto al inicio de la obra y de ejecución del Contrato, la Demandada relata que las obras comenzaron el día que firmaron el Contrato, y que en el período inicial la Demandante ejecutaba las partidas correspondientes a obras civiles con TR2, empresa que luego remplazaron por TR3, con la finalidad de no repetir atrasos en el futuro, cosa que ocurrió, de acuerdo a su criterio, en razón de la lentitud de la primera subcontratista.
56. La Demandada señala que durante todo el período de vigencia del Contrato, ellos cumplieron con sus obligaciones. Asimismo, señalan haber pagado la suma de \$ 33.376.325, más IVA, a la Demandante por concepto de obras adicionales.
57. Exponen que como reflejo de su buena fe contractual, accedieron a cambiar la modalidad de pago mediante la Orden de Cambio N° 2 suscrita el 13 de noviembre de 2009, en razón de una solicitud de la Demandante, pagándoles de acuerdo al tiempo concurrido y no de acuerdo a los avances, como se había pactado en el Contrato. La Demandada dice haber aceptado lo anterior porque la Demandante lo estableció como necesario para cumplir de mejor forma sus obligaciones. Agregan que a medida que el proyecto avanzaba la Demandante fue incapaz de revertir el atraso en los trabajos y por ello con fecha 26 de abril de 2010, las Partes suscribieron la Orden de Cambio N° 5 que dejó sin efecto la modificación a la forma de pago contenida en la Orden N° 2.
58. Asimismo, la Demandada señala haber cumplido con sus obligaciones de suministrar combustible y prestar servicios de alojamiento y alimentación al personal de la Demandante.
59. Por otro lado, señalan que el 15 de junio de 2010, les sorprendió enormemente el informe comercial de la Demandante emitido por una empresa de registro de comportamiento financiero, donde calificaban a la Demandante como "extremadamente mala". Añaden que a la vista de este informe concluyeron que los dineros entregados a la Demandante fueron destinados a otros usos, distintos al cumplimiento del Contrato objeto de esta controversia, lo que para ellos explica que el avance de los trabajos se haya virtualmente estancado, acumulando diversos incumplimientos en los pagos con subcontratistas y con trabajadores.
60. Respecto al atraso en las obras, señala la Demandada, estas debían estar concluidas el 1 de marzo de 2011. Para el 30 de junio de 2010, transcurridos casi nueve meses desde el inicio contractual de las obras, la Demandante había ejecutado una proporción muy menor del Contrato y los antecedentes hacían presumir que el atraso seguiría ampliándose, con un perjuicio creciente para la Demandada y el desarrollo de las actividades del proyecto MM.
61. La Demandada señala que exigía a la Demandante determinadas programaciones periódicas, y que ella respondía con proyectos parciales hasta el día 19 de mayo de 2010, fecha en el que el primer programa total de la obra fue entregado. Desde ese momento, dicen que la Demandante entregó informes periódicos y que fue gracias a estos últimos que pudieron cuantificar el atraso progresivo en la que iba incurriendo la contratista. Relatan haber realizado una serie de estimaciones y que una vez que tuvieron la certeza cuantitativa respecto del porcentaje de atraso de la obra y la convicción de que la Demandante carecía de los recursos humanos, técnicos, económicos y materiales para recuperar el atraso, y revertir la tendencia sostenida de incremento del atraso, se decidió poner término al Contrato.

62. Para la Demandada, los hechos que determinaron el término de la relación contractual son principalmente: (i) la incapacidad de gestionar adecuadamente la participación de un subcontratista en la ejecución del proyecto; (ii) la incompetencia de la Demandante en las labores de programación; (iii) la insuficiencia de los equipos utilizados; (iv) graves falencias en la coordinación de los trabajos; (v) la alta rotación en los cargos de responsabilidad en la gestión de la obra; (vi) incidentes relacionados con la rotura de cables.
63. En el escrito de contestación a la demanda, la Demandada dedica un capítulo a rectificar lo que desde su perspectiva son imprecisiones y afirmaciones falsas, realizadas por la Demandada:
64. i) Señala que la información geotécnica entregada durante la licitación es precisa y se encuentra respaldada por 79 calicatas realizadas en la zona AR: la demanda se funda básicamente en que el documento que contenía la información geotécnica respecto del sitio de los trabajos contenía información errónea, según la cual el terreno no hacía necesario la utilización de equipos especiales.
65. De esta forma, la Demandada señala que el informe geotécnico tiene por objeto fundamental establecer las condiciones geológicas y geotécnicas del terreno en que se ubicaba es AR, el que se detalla latamente en el escrito de contestación. Aseguran que para sustentar una oferta económica para la ejecución de las obras del Contrato, la información geológica y geotécnica del informe de TR5 no era suficiente y resultaba indispensable considerar antecedentes adicionales, tales como los planos que definen la profundidad de las zanjas y las especificaciones técnicas del proyecto. Asimismo, la Demandada considera indispensable aclarar que al momento en que la Demandante presentó su oferta, contó con el informe geotécnico de TR5, conoció además la profundidad exacta de las zanjas definidas en los planos del proyecto y se pactó la definición contractual de roca. Agregan que la calidad de experto de la Demandante y la posibilidad de recabar datos adicionales, además de poder efectuar consultas al mandante, los hace llegar a la conclusión de que la Demandante tuvo accesos a toda la información relevante respecto a las condiciones del terreno, y que la oferta debió ser informada.
66. Señalan que la Demandante pretende en su libelo establecer que la única información disponible al elaborar su presupuesto hubiese sido la estimación del informe Geológico/Geotécnico de TR5. De este modo, prescinden de la información que la Demandada puso a su disposición, planos y especificaciones técnicas y, en particular, de la definición contractual de roca.
67. La Demandada, con el objeto de entregar información actualizada, le solicitó a TR5, que realizara un estudio de verificación de las condiciones de excavación de las zanjas en el sitio AR. Dicho estudio señala en sus conclusiones que los equipos de excavación disponibles en la zona tienen la capacidad de excavar las zanjas requeridas para la ejecución del proyecto y que solo excepcionalmente se requería el uso del picotón para quebrar trozos de roca ignimbrítica.
68. Agregan que solo después de que la Demandante estuvo más de 8 meses en la obra, señaló que la mayor dureza del terreno hacía procedente revisar los precios asignados a algunas partidas del Contrato, identificando la dureza del terreno como la explicación principal del atraso en el que se incurrió, el cual no le sería imputable, pues, el informe técnico entregado por la Demandada no habría sido erróneo. Añaden que si la Demandante no fue capaz de prever y calcular los requerimientos que la geología del terreno exigía, fue doblemente negligente al no haber establecido una estrategia de cooperación con una empresa que contara con esa experiencia a través de un vínculo contractual y del cual emanaran obligaciones exigibles.
69. ii) Por otro lado, la Demandada señala la ineffectividad que se haya impuesto como requisito la subcontratación de TR2. La Demandada señaló que se le aconsejó a la Demandante cotizar con TR2, ya que ellos se encontraban realizando labores en la obra. Clarifica, en todo caso, que la Demandada nunca participó en los procesos de negociación de la Demandante con su subcontratista. Asimismo, la Demandada hace presente que la Demandante contrató con ella, aún en el evento que no existía vínculo jurídico alguno con TR2 a esa fecha y que esa forma de hacer negocios importaba una grave falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones como contratista principal.
70. iii) La Demandada señala que la exclusión de los trabajos civiles de CL no es efectiva, señalando a este respecto que el relato de la Demandante es parcial. Así, señalan como hecho efectivo que en un momento determinado y para permitir a la Demandante paliar su atraso crónico, se les propuso en la reunión de obra N° 30 de 24 de marzo

de 2010 la posibilidad de contratar otra empresa para los trabajos de CL, pero posteriormente ello no fue posible según consta en la Reunión de Obra N° 38. En razón de lo anterior, consideran que el cálculo del porcentaje de atrasos del total del proyecto debe incluir el atraso de CL.

71. iv) Respecto de las supuestas medidas de la Demandante para revertir los atrasos, la Demandada señala haberse enterado mediante el libelo, que la Demandante representa como sus mejores esfuerzos para revertir los atrasos, la rotativa de soluciones improvisadas que pusieron en práctica desde la salida de TR2 y retratan esas conductas de la Demandante como la manifestación manifiesta de su incapacidad de gestión y de su falta de experiencia para afrontar las partidas de obras civiles del Contrato materializada en la situación con la empresa contratista TR3, con la que tampoco suscribieron contrato y que posteriormente abandonó los trabajos.

ii. Síntesis de las consideraciones de derecho invocadas en la contestación de la demanda

1. No existe incumplimiento en el ejercicio legítimo de una facultad contractual.

72. La Demandada rechaza la demanda en razón de que existiría incumplimiento en el ejercicio legítimo de una facultad contractual, específicamente referida a la cláusula N° 19 del Contrato que a su juicio les otorgaba la facultad de poner término unilateral a la relación contractual con la Demandante en caso de incumplimiento del Contrato conforme a lo establecido en el Contrato. Así, la Demandada consideró varios incumplimientos respecto del Contrato de las obras. Por otro lado, agregan que la Demandante en ningún caso objetó la validez del Contrato ni ha discutido que la Demandante sea el legítimo titular de la prerrogativa de poner término al Contrato en caso de configurarse alguno de los incumplimientos descritos en el Contrato.

2. El atraso de las obras respecto del programa general era medido por la Demandante.

73. La Demandada señala que el atraso respecto del programa entregado con fecha 19 de mayo de 2010, era medido y calculado por la Demandante resultando que se intente impugnar una cifra que la misma Demandante determinaba y que es el resultado de las herramientas de programación contractualmente convenidas y que son las habituales para obras de esta envergadura.
74. Respecto de CL, se controvierte la posición de la Demandante, especialmente relacionado con los antecedentes de los informes de avance semanal presentados a la Demandada. Se señala que al 30 de junio de 2010, transcurridos casi nueve meses desde el inicio de las obras, la Demandante solo había ejecutado una proporción menor del Contrato.
75. En relación a la constitución del suelo, la Demandante controvierte los hechos señalando que la información entregada en la etapa de licitación constituye información veraz y, que en todo caso, cualquier diferencia en el terreno debió ser prevista por la Demandante.
76. Finalmente, la Demandada señala que la imputación de incumplimiento es improcedente pues los cálculos de atrasos eran provistos por la Demandante mediante los informes semanales de avance y que ellos constituyen una práctica usual en la industria, señalándose en todo caso, que la Demandante incumplió al haber presentado, tardíamente, un programa por la obra total. Así, la Demandada señala que la constatación del atraso se concluye por información proporcionada por la misma.
77. A continuación concluye que la demanda debe ser rechazada, ya que el ejercicio de la facultad consagrada en el número 2 de la cláusula 19° del Contrato no puede constituir un incumplimiento contractual que dé lugar a la indemnización de perjuicios.

i. La Demandante es la parte cumplidora del Contrato y por lo tanto debe rechazarse la demanda

78. La Demandada señala que se cumplieron estrictamente con todas sus obligaciones contractuales durante la vigencia del Contrato y que ese cumplimiento fue de buena fe. Señalan que dos demostraciones concretas son el haber accedido a dar mayor holgura al manejo financiero del Contrato, a pagar los costos indirectos en relación al transcurso del tiempo y no en relación al avance físico de la obra. Por otro lado, señala que por las razones expuestas en líneas precedentes no aplicó de manera estricta las normas sobre el modo de pago establecido originalmente en el Contrato, dando lugar a un régimen más flexible.

ii. No se cumplen los requisitos para la procedencia de la indemnización de perjuicios

79. La Demandante señala respecto a la materia objeto de este juicio, que se trata de una hipótesis de responsabilidad contractual, la que de acuerdo al derecho nacional salvo hipótesis de dolo o culpa grave, la víctima solo puede reclamar la reparación de los daños directos previstos. Respecto a la causalidad, agregan que para la reparación de un daño se exige como condición, que esta sea producto directo e inmediato del incumplimiento. Agregan que la jurisprudencia, para precisar el verdadero alcance de la responsabilidad civil del deudor en materia contractual, ha debido recurrir a otra clasificación de daños: la que diferencia los daños directos de los indirectos. Esta distinción, continúa la Demandada, ha sido formulada tomando en consideración el grado de proximidad que existe entre el incumplimiento del Contrato y el daño que le sigue. Añaden que en el presente caso no ha habido una imputación de dolo a la Demandada, por lo anterior y en conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1.558 del Código Civil no corresponde realizar alegaciones en relación a daños que no fueron consecuencia inmediata y directa del incumplimiento que se imputa al deudor y, además, los que no se previeron o pudieron preverse al momento de contratar.
80. Respecto de los montos que se reclaman, la Demandada señala que los daños demandados a título de daño emergente no proceden ya que se aplicó la cláusula 19.3 del Contrato. Esta cláusula, agrega, permitiría suspender los estados de pagos pendientes y retenerlos a título de indemnización de perjuicios, sin necesidad de recurrir a arbitraje ni a requerimiento judicial para efectos de la constitución en mora.
81. Daño Emergente por \$ 1.153.414.845: respecto del monto correspondiente al Estado de Pago N° 14, señalan que no procedieron al pago de este porque ejercieron la facultad establecida en la cláusula 19.3 del Contrato, la que les permite en caso de incumplimiento, suspender los estados de pago que se encuentren pendientes, todo ello a título de indemnización de perjuicios y sin necesidad de recurrir a arbitraje ni a requerimiento judicial para efectos de constitución en mora.
82. Respecto al Estado de Pago N° 15, la Demandada señala no haberlo conocido y menos aprobado.
83. En relación a las retenciones por un total de \$ 143.816.487, aclaran que el monto de las retenciones corresponden a los Estados de Pago 1 al 13 cuya suma es de \$ 132.229.390. Que las retenciones están reguladas en la cláusula 11ª del Contrato y constituyen una garantía adicional de todas las obligaciones asumidas por el contratista, por lo anterior señalan estar facultados para mantener las retenciones en su poder en tanto existan obligaciones pendientes derivadas del incumplimiento contractual que dio origen a la terminación del Contrato.
84. Respecto a la procedencia del pago de supuestas obras ejecutadas por la Demandante y que no fueron presentadas a la Demandada para su revisión, se señala que para hacer exigible el pago, es indispensable la aprobación de dichas obras por parte de la Demandada.
85. En relación de obras adicionales ejecutadas supuestamente aprobadas y no presentadas a la Demandada para el pago, la Demandada niega que exista una deuda a este respecto, desconociendo asimismo la supuesta obligación de pagar obras de excavación adicionales, indemnizaciones sustitutivas del previo aviso a los trabajadores de la Demandante, aquellos adicionales supuestamente derivados de la instalación de faenas y finalmente aquellos derivados de los Contratos de leasing asumidos por la Demandante.
86. En lo relativo al cobro de los costos indirectos, la Demandada señala que ello escapa de la provisión contractual, y respecto de los denominados cobros de improductividad, la Demandada considera que esta pretensión carece de asidero contractual.
87. Respecto a la indemnización por lucro cesante, la Demandada señala que las alegaciones de la Demandante no proceden y que ellas constituyen abuso procesal.
88. Respecto de los daños extrapatrimoniales, la Demandada hace presente que solo en casos excepcionales la jurisprudencia ha reconocido a las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral, sobre todo en materias contractuales. Hecha esa prevención, se señala que la Demandante no sufrió daño moral alguno.

iii. La demanda debe ser rechazada dado que la restitución reclamada es mayor que las obligaciones contraídas.

89. La Demandada señala que la demanda debe ser rechazada porque ella importaría una indemnización superior a las obligaciones contraídas por la misma. Así, agrega que la Demandante debe reintegrar o aceptar que se imputen cantidades retenidas a por los siguientes conceptos que adeuda: (i) Pago excesivo de costos indirectos; (ii) Pago de obligaciones laborales y previsionales del personal de la Demandante.
90. Finalmente se solicita que tener por contestada demanda y en definitiva rechazar la acción deducida en todas sus partes, con expresa condenación en costas o, en subsidio, si se acogiera alguno de los perjuicios demandados por la Demandante, se deben considerar las deducciones alegadas por la Demandada.

iv. Peticiones concretas

91. Las peticiones concretas de la parte Demandada son las siguientes:
- Tener por contestada la demanda interpuesta por la Demandante.
 - Rechazar la acción deducida en todas sus partes.
 - Que la parte Demandante sea condenada en costas.
92. En subsidio de lo anterior, si se acogiera alguna de las deducciones alegadas por la Demandante, que se consideren las deducciones alegadas en el numeral 4 del capítulo V que contiene las alegaciones y defensas de la parte Demandada.

e. La réplica

93. La Demandante focaliza su réplica en la contravención a varias alegaciones y defensas hechas por la Demandada dividiendo su análisis en la etapa del inicio del Contrato y en la etapa de ejecución³. Así, se presentaron discrepancias respecto de la disponibilidad para acceder al terreno a hacer pruebas y el objetivo del período de negociación. Por otro lado, respecto de la relación de la Demandante con TR2 se clarifica que el cambio en el subcontratista de obras civiles era solo útil a la Demandada, y que no habría habido completa libertad para convenir la contratación de las obras civiles dada las presiones de disminución de los precios.
94. Respecto al Contrato, la Demandante expresa que en la contestación de la demanda la Demandada pretende atribuir inmutabilidad a las estipulaciones del Contrato vinculadas al precio, situación inaceptable para dar cumplimiento efectivo al mismo.
95. Por otro lado, la Demandante expresa que núcleo de la controversia es el incumplimiento contractual por parte de la Demandada, materializado en la invocación de una cláusula del Contrato para poner término al mismo, en circunstancias que los presupuestos de hecho que la cláusula en cuestión exige, no se han verificado en la realidad.
96. Cierran su argumentación señalando que la facultad otorgada por la cláusula 19° del Contrato, tiene como presupuesto la ejecución normal y tranquila del proyecto objeto del Contrato, situación que a ojos de la Demandante no es efectiva, por lo mismo no es aplicable.
97. En relación al cumplimiento de las obligaciones de la Demandada, se señala que la misma no cumplió con sus obligaciones contractuales de la forma en que lo relatan en la contestación de la demanda, especialmente en relación al supuesto pago oportuno de los estados de pago presentados por la Demandante. Por otro lado, respecto de la supuesta ausencia de vínculo jurídico entre TR2 y la Demandante, se señala se encontraban en la imposibilidad de firmar un subcontrato con TR2, mientras no estuviera firmado el texto definitivo de su propio Contrato con la Demandada.
98. Referido al tema de la composición del suelo, la Demandante señala que las condiciones iniciales cambiaron y que pusieron esta situación en conocimiento de la Demandada. Señalando que la causal de los problemas fue el cálculo inexacto de la dureza del terreno, siendo esa situación inoponible a la Demandante.

³ Réplica de XX de 17 de mayo de 2011 ("Réplica").

99. Respecto a las acusaciones de falta de coordinación, la Demandante las rechaza. La razón de ello tiene que ver con haber realizado grandes esfuerzos para permitir el avance de las obras frente a las condiciones climáticas adversas.
100. Por otro lado, la réplica dedica el Capítulo IV a comentar las rectificaciones a las supuestas imprecisiones que habría cometido la Demandante en su escrito de demanda. Respecto de ella se hacen aclaraciones respecto de: (i) la precisión de la información geotécnica entregada durante la licitación y el nuevo informe de TR5; (ii) la relación de la Demandada con la subcontratación de TR2; y (iii) la exclusión del sector CL.
101. Respecto de las cuestiones de derecho, la Demandante si bien reconoce como efectivo el hecho de que los estados de avance eran confeccionados por ella, señala que debe tenerse presente que no es la efectividad y el alcance del retraso lo que se cuestiona en la demanda, sino su imputabilidad. Así, la Demandante señala que no es responsable de haber encontrado roca cuya concentración, dureza y volumen no fue informada por la Demandada al momento de entregar los antecedentes geotécnicos y que la situación es imputable a la Demandada únicamente. En relación a la etapa de ejecución del Contrato, la Demandante señala que las obligaciones de la Demandada no solo tenían que ver con un aspecto económico.
102. Por otro lado, la Demandante hace sus descargos en torno a las objeciones relativas a la procedencia de los daños emergentes, de lucro cesante y el daño moral. Así, se reclama respecto del daño emergente, distintos estados de pago (Nºs. 14 y 15). Respecto de las retenciones, la Demandante señala que corresponden ser entregadas a la contratista una vez terminado el Contrato. Así, también argumenta respecto de la procedencia del pago de obras ejecutadas pero no presentadas para la revisión de la Demandada y el pago de obras adicionales que estaban ejecutadas y aprobadas pero cuya presentación estaba pendiente. Respecto del mayor valor relacionado con los trabajos de excavación, se remite a lo señalado en el escrito de demanda. Finalmente, respecto de la recuperación del gasto de instalación de faenas, se señala que ello es procedente.
103. Respecto del resto de los daños, la réplica se remite a lo señalado en la demanda.

f. La dúplica

104. La Demandada señala que en el escrito de réplica no se hace referencia a algunas de las defensas opuestas en la contestación de la demanda, mediante la cual solicitan subsidiariamente el rechazo de la demanda por cuanto la actora debe restituir a la Demandada lo que esta última pagó en exceso por concepto de costos indirectos (\$ 464.817.184), así como las cantidades pagadas por la Demandada al asumir las obligaciones laborales y previsionales del personal de la Demandante (\$ 85.819.042)⁴. Frente a la omisión señalada hacen presente que las aseveraciones formuladas por ellos no han sido controvertidas, reiteran esta defensa para que sea atendida por este Tribunal, en la eventualidad que se considere procedente condenar a la Demandada.
105. Respecto de la réplica formulada por la Demandada, se señala que en el presente caso existió completa libertad en la formación del consentimiento, señalando como prueba de lo anterior, los documentos aportados por las Partes al proceso.
106. Respecto al ejercicio de la facultad contractual pactada en la cláusula 19, la Demandada señala que no se ha controvertido la validez del Contrato ni de la facultad de poner término unilateralmente al Contrato. Así, la Demandante reconoce la existencia de los atrasos que eran superiores al 20%, y que de acuerdo a las reglas generales en materia contractual el incumplimiento se presume culpable y que por lo anterior la imputabilidad del incumplimiento no es ni puede ser un requisito en materia contractual. Así, según la Demandada, la culpa o el dolo no es un requisito de la responsabilidad contractual.
107. En relación con la disconformidad del estado del suelo y la supuesta dureza del terreno, la Demandante señala que la carga de la prueba recae sobre la Demandante.

g. prueba documental

108. A fojas 98 de autos y en forma conjunta al escrito de demanda, la parte Demandante acompañó su prueba documental, debidamente individualizada de acuerdo a la regla 6.3 del las Bases del Procedimiento.

⁴ Dúplica de ZZ de 16 de junio de 2011 ("Dúplica").

109. A fojas 208 y siguientes del proceso, consta informe del DICTUC titulado Informe Técnico Contrato N° SSS09-01 “Instalación Eléctrica y Fibra Óptica en AR” entre la Demandante y la Demandada, el que se tuvo por acompañado a fojas 217.
110. Respecto de la Demandada, a fojas 219 del proceso consta su prueba documental, debidamente individualizada debidamente de acuerdo a la regla 6.3 del las Bases del Procedimiento.

h. Prueba testimonial

111. En cuanto a la prueba testimonial a fojas 174 consta la lista de testigos de la Demandante. Dieron testimonio escrito por esa parte, conforme a lo establecido en el Artículo 26 del Reglamento, (i) R.V., (ii) J.A., (iii) C.P., (iv) G.V., (v) M.G., (vi) L.A. y (vii) M.G., cuyas declaraciones constan a fojas 176, 181, 186, 192, 197, 200, 204 del proceso, respectivamente.
112. A fojas 282 consta la lista de testigos de la Demandada. Dieron testimonio escrito por esa parte, conforme a lo establecido en el Artículo 26 del Reglamento, (i) M.P., (ii) C.N., (iii) H.B., (iv) J.R., (v) E.D.

II. PUNTOS QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DEBERÁ RESOLVER

113. A la luz de las consideraciones de hecho y derecho formuladas por las Partes, el Tribunal Arbitral deberá resolver sobre los siguientes puntos:

a. Si ha existido incumplimiento del Contrato como consecuencia de la terminación anticipada que la Demandada ha hecho del mismo.

- i. Sentido y alcance de la cláusula decimonovena del Contrato, en concreto de su numeral 2.
 1. Concurrencia de los requisitos de hecho para la terminación del Contrato.
 2. Concurrencia de los requisitos contractuales y legales para la terminación del Contrato.

b. Efectos de la terminación. Derecho de la Demandante a todo o parte de los montos reclamados en este proceso.

III. RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

114. La presente disputa dice relación con el Contrato de Construcción a Precios Unitarios SSS09-01, celebrado con fecha 4 de septiembre de 2009 entre ZZ representada por don E.H. por una parte, denominada la Mandante, y por la otra, XX, representada por don V.P., denominada también el Contratista⁵.
115. En virtud de este Contrato, la Mandante (ZZ) encargó al Contratista (XX), el desarrollo y ejecución de las labores comprendidas para realizar la instalación eléctrica y fibra óptica en AR. Dichas obras comprendían todas las obras de movimiento de tierra (excavaciones, rellenos y transporte de excedentes), construcción de fundaciones, instalación de transformadores, instalación de *switchgears*, tendido y conexión de cables de fuerza, tendido, instalación y conexión de fibra óptica, pruebas y mediciones de fibra óptica, necesarias para operar las antenas que se instalen en AR. El Contrato fue suscrito bajo la modalidad de Contrato de Construcción a serie de precios unitarios para los costos directos y a suma alzada para los costos indirectos. El proyecto debía ejecutarse conforme a las disposiciones contenidas en el Contrato y en los documentos denominados Documentos del Contrato, que forman parte integrante del mismo. Dichos documentos incluyen el denominado “MM 12m Radio Telescope Project. AR Site. Civil, Electrical and Communications Distribution Package. Construction Specifications”, que corresponde fundamentalmente a las especificaciones técnicas del proyecto (EETT)⁶. El plazo de ejecución del proyecto era de 18 meses, es decir, expiraba el día 1° de marzo del año 2011.
116. Con fecha 30 de junio del año 2010, ZZ por intermedio de su gerente de Administración y Finanzas don M.P. puso término anticipado al Contrato mediante carta que expresa textualmente lo siguiente: “Por medio de la presente,

⁵ D-1 (11). Contrato de Construcción a Precios Unitarios SSS09-01 entre ZZ y XX (“Contrato SSS09-01”).

⁶ D-1 (10). MM 12 m Radio Telescope Project. AR Site Civil, Electrical and Communications Distribution Package. Construction Specifications” de 18 de febrero de 2008.

actuando en representación de la mandante del Contrato de la referencia ZZ, me veo en la necesidad de informar a ustedes que se ha consumado un retraso superior a 20% en el avance del Proyecto a la vista de lo consignado a partir de la minuta de reunión semanal N° 40 de 2 de junio del 2010 y que se ha acrecentado sostenidamente desde ese entonces según se advierte en las posteriores minutas N° 41 de 9 de junio, N° 42 de 16 de junio y N° 43 de 23 de junio del 2010 con respecto al programa de obras entregado por la Contratista en cumplimiento de lo acordado en dicho Contrato SSS09-01 de Instalación Eléctrica y Fibra Óptica en AR (AR Utilities Electrical and FF). Conforme a lo dispuesto en la cláusula 19 del Contrato específicamente en su numeral 2 letra (b), lo anterior constituye un incumplimiento grave que autoriza a la mandante para poner término inmediato al Contrato de la referencia”⁷.

a. Si ha existido incumplimiento del Contrato como consecuencia de la terminación anticipada que la Demandada ha hecho del mismo.

117. Como puede advertirse, la Mandante al poner término al Contrato hizo uso de la facultad contenida en el Contrato en su cláusula decimonovena que la autoriza a poner término anticipado al Contrato por incumplimiento del Contratista.
118. La cláusula 19 del Contrato trata sobre el término anticipado del Contrato. Conforme a la misma, “la Mandante tendrá derecho a declarar de pleno derecho y sin intervención de autoridad alguna el ‘Término Anticipado del Contrato’, y proceder a su liquidación...” en diversos casos que la misma disposición plantea⁸. Uno de ellos se refiere al “Incumplimiento del Contratista”, causal invocada por la Demandada en estos autos y que es tratada en el numeral 2 de la citada cláusula.
119. De acuerdo a esta causal, “el incumplimiento del Contratista a sus obligaciones bajo el Contrato y los Documentos del Contrato dará derecho a la Mandante a requerir del Contratista [a] subsanar el incumplimiento, otorgando un plazo para ello y/o disponer mediante notificación al Contratista el Término Anticipado del Contrato”⁹.
120. Conforme a la misma disposición contractual, la Mandante es soberana para determinar si el Contratista ha infringido o no sus obligaciones. Según indica el Contrato, en razón de ello “queda expresamente convenido que la determinación del incumplimiento del Contratista no quedará sometida a la jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral previsto en este Contrato”¹⁰.
121. En relación al texto contractual transcrito, corresponde determinar si conforme al mismo podría sugerirse la existencia de alguna limitación a la competencia que este Tribunal Arbitral tiene para conocer el objeto central de la demanda planteada en autos, esto es de la licitud de la terminación anticipada ejercida por la Demandada y reclamada por la Demandante.
122. Ello debe ser descartado en opinión del Tribunal Arbitral. En efecto, en primer lugar, no se encuentra discutido en estos autos que ambas Partes han sometido al conocimiento del Tribunal la controversia sobre la regularidad contractual del ejercicio de la facultad que la cláusula 19.2 letra (b) concede a la Mandante. Adicionalmente, el propio Contrato indica que la limitación jurisdiccional señalada, es sin perjuicio del derecho del Contratista para demandar ante ese Tribunal la indemnización de los perjuicios que una calificación injusta o errónea de la existencia de una infracción pueda provocarle. Ello es precisamente lo que ha acontecido en autos con la acción de incumplimiento de contrato deducida, cuyo propósito es determinar si ha existido una calificación injusta o errónea por parte de la Demandada en el ejercicio que ha hecho de la facultad para poner término anticipado al Contrato y los posibles perjuicios que de ello pueden haberse seguido.
123. Resuelto lo anterior, corresponde revisar la causal de término anticipado contenida en la letra (b) del numeral 2 de la cláusula 19 del Contrato. De acuerdo a esta, se considera incumplimiento grave del Contratista, atrasos en el Plazo de Ejecución del Proyecto que sean superiores al 20% del tiempo total de ejecución estipulado en el Contrato, conforme al programa de obras respectivo. Para efectos de su aplicación, la misma norma contractual efectúa una aclaración de la Sección 5.2.4.3 del documento denominado Statement of Work, señalando que “no se considerarán ‘justificable delay’ en los términos de la sección aludida, las interrupciones y demoras que pueda

⁷ D-21. Carta fechada a 30 de junio de 2010, enviada por ZZ a XX en la que se comunica la decisión de ZZ de poner término anticipado al contrato.

⁸ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula decimonovena.

⁹ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula decimonovena numeral 2.

¹⁰ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula decimonovena numeral 2.

experimentar la ejecución del contrato, como consecuencia del rechazo por parte de MM de materiales defectuosos, o trabajos o servicios mal ejecutados, o por no cumplirse con las especificaciones del contrato”¹¹.

124. Por su parte, la sección 5.2.4.3 del Statement of Work, establece que las extensiones a la duración del Contrato solo se producirán con ocasión de:
1. Negligencia de MM;
 2. Negligencia de otro constructor empleado por MM;
 3. Cambios en las órdenes de trabajo;
 4. Otras causas que MM determine como atraso justificado¹².
125. La misma disposición clarifica que los factores de disputas laborales, demoras inusuales en el transporte y cuestiones climáticas, no serán consideradas como atrasos justificables. Se señala, en todo caso, que las notificaciones acerca de la existencia de una demora deberá hacerse dentro del término de cinco días después del comienzo del atraso y todos los reclamos para la extensión del tiempo en el Contrato deberá hacerse por escrito a MM en un plazo no superior a diez días después al término del atraso. La cláusula señala asimismo que la no presentación de ese reclamo de extensión en el plazo indicado constituirá una causal de preclusión del derecho a reclamar.
126. En consecuencia, para el análisis del atraso imputado a la Demandante y su reclamo en el sentido que el mismo es injustificado, deberá estarse a lo dispuesto en las disposiciones contractuales transcritas.
127. Lo anterior resulta relevante por cuanto la Demandante no discute en estos autos que al momento de ejercerse por la Demandada la facultad de poner término anticipado al Contrato, efectivamente existía un porcentaje de atraso superior al 20% del tiempo total de ejecución estipulado en el Contrato. Lo que esta disputa es la imputabilidad y forma de cálculo de ese porcentaje¹³. En efecto, la Demandante sostiene que dicha notificación de término de Contrato por parte de ZZ constituye una violación del Contrato de Construcción puesto que, si bien reconoce el atraso de un 20% en la ejecución de las obras, dicho atraso no le es imputable sino que debe imputarse a la Mandante principalmente por (i) mala información proporcionada al momento del llamado a la licitación y encargo de las obras; (ii) por aparición de roca en las excavaciones; y (iii) por error en el cálculo del atraso en la ejecución de las obras¹⁴.
128. Corresponde en consecuencia que el Tribunal Arbitral revise el mérito de cada una de las razones que la Demandante ha invocado para justificar el atraso en la ejecución de las obras.
129. **i) Información defectuosa entregada por el Mandante al momento del llamado a licitación y aparición de roca en las excavaciones.**
130. Dentro de los antecedentes que se acompañaron al llamado a la licitación se entregó a todos los posibles postulantes información geotécnica respecto al lugar donde deberían efectuarse las excavaciones. Al efecto, se entregó un documento denominado “Final Report Excavation and Geological/Geotechnical Assessment 79 Locations at the MM AR” elaborado por la empresa TR5¹⁵. Para la elaboración de este informe se efectuaron 79 calicatas en el sitio en donde se deberían efectuar las excavaciones (AR). De la lectura de este informe se desprende que el suelo de AR presenta los siguientes estratos: 1. Un suelo superficial de un espesor de 10 a 30 centímetros con un promedio de 20 centímetros compuesto de arena fina y media y gravilla. Es un material que no está compactado y que es acarreado por el viento. 2. Un suelo residual formado por material resultante de la descomposición de la ignimbrita que es de roca de origen volcánico que tiene amplia presencia en el Llano de JJ. Esta descomposición se produce por los procesos de fragmentación causados por los ciclos de congelamiento y descongelamiento de agua infiltrada en el suelo. 3. Una base de ignimbrita que se presenta con una capa superior de un metro de espesor de baja resistencia y con numerosas fracturas antes de llegar a una capa suficientemente sólida como para fundar una estructura. Aparte de este informe, con posterioridad a su presentación efectuaron 7

¹¹ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula decimonovena numeral 2, letra b).

¹² D-1 (3). Statement of Work de 30 de enero de 2009.

¹³ Ver Demanda y Réplica de XX.

¹⁴ Ver Demanda y Réplica de XX.

¹⁵ D-2. Estudio de mecánica de suelos. “Final Report Excavation and Geological/Geotechnical Assessment 79 Locations at the MM AR”.

calicatas adicionales sobre los terrenos en los que deberían efectuarse las excavaciones y que confirmaron el informe original.

131. Lo que es más relevante es que dentro de los documentos del Contrato a que se refiere la cláusula 3 del mismo que enumera los “Documentos del Contrato”, están las especificaciones técnicas (EETT) en cuya letra (g) del punto 13 se define el concepto de roca y se dice: se entiende por roca para los efectos de la excavación de zanjas o trincheras el material rocoso que no puede ser removido por un excavador hidráulico de modelo reciente sin recurrir a acciones sistemáticas de perforación, uso de martillo hidráulico o picotón, ripping o uso de explosivos. Estas especificaciones técnicas corresponden al documento identificado como “MM 12 m Radio Telescope Project. AR Site Civil, Electrical and Communications Distribution Package. Construction Specifications” enumerado en el numeral 7 de la cláusula tercera Documentos del Contrato y que se encuentra acompañado en el proceso¹⁶.
132. Declararon por escrito en el proceso los testigos de la parte demandante don R.V., don G.V., don C.P., don J.A., don M.P., don M.G. y don L.A., todos los cuales de una manera u otra se refieren a la aparición de roca en la excavación de las zanjas del AR, pero ninguno de ellos hace referencia a la definición de roca que se contiene en los documentos del Contrato y que las Partes no pudieron ignorar al momento de efectuar la presentación de su oferta a la licitación.
133. En relación al tema que se viene tratando, una de las cuestiones que ha sido referida por las Partes durante la etapa de discusión, corresponde a las preguntas y respuestas escritas en el proceso de licitación que fue acompañada por la Demandante y que está individualizado como parte del Contrato¹⁷. En este documento de 27 de febrero de 2009, se señala una primera visita al terreno y posteriormente una segunda.¹⁸ Se hace presente que en esta serie de preguntas no existió por ninguno de los participantes del proceso de licitación preguntas relativas al informe de TR5 detallado en líneas precedentes.
134. La segunda ronda de preguntas, acompañadas por la Demandante, es de fecha 11 de marzo de 2009. En una de las preguntas se consulta sobre el procedimiento en caso de encontrarse con un suelo no acorde con lo señalado en el informe “Geological-Geotechnical-Assessment-79-Locations-Report” por ejemplo roca y/o caliche. La respuesta de la Demandada que consta en dicha ronda fue: “Si apareciese un suelo diferente al informado en el estudio geotécnico, este tema deberá llevarse a solución con MM coordinado en las reuniones técnicas de coordinación del contrato. Allí se buscará una solución al problema”¹⁹.
135. En la misma segunda ronda de preguntas la cuestión relativa a los aspectos cualitativos del terreno es nuevamente preguntado de la siguiente forma:
En la eventualidad que se encuentre terreno con roca que impida continuar con las excavaciones con retroexcavadora, martillo neumático o “picotón”, ¿cómo se actuará?:
- a. ¿Se podrá utilizar explosivos en forma puntual y muy controlada?
Respuesta: No se puede usar explosivo en ningún caso.
 - b. ¿Se deberá buscar una alternativa de trazado que evite dichas rocas?
Respuesta: Será definido caso a caso en conjunto con MM.
 - c. ¿Si se trata de excavación para fundaciones de transformadores o *switchgear*, se podrá anclar la fundación sobre la roca directamente, o se deberá buscar otra ubicación para la fundación?
Respuesta: Será definido caso a caso en conjunto con MM, buscando una solución que no implique mayor costo.
 - d. Si se trata de excavación para postes de la línea aérea, ¿se podrá modificar el trazado para evitar dichas rocas?
Respuesta: Sí, será definido caso a caso en conjunto con el Proyecto MM.²⁰

¹⁶ D-1 (10). MM 12 m Radio Telescope Project. AR Site Civil, Electrical and Communications Distribution Package. Construction Specifications” de 18 de febrero de 2008.

¹⁷ D-1 (9). Invitation for BID SSS09-01. Answers to Questions and Clarifications N° 1. AR Utilities – Electrical and FF de 27 de febrero de 2009 (“Primera ronda”); Invitation for BID SSS08-05. Answers to Questions and Clarifications N° 2. AR Utilities – Electrical and FF de 11 de marzo de 2009 (“Segunda ronda”); Invitation for BID SSS09-01. Answers to Questions and Clarifications N° 3. AR Utilities – Electrical and FF de 26 de marzo de 2009 (“Tercera ronda”).

¹⁸ Pregunta 1 y 32 de la primera ronda.

¹⁹ Pregunta 31 de la segunda ronda.

²⁰ Pregunta 60 de la segunda ronda.

136. En consecuencia, de las rondas de preguntas queda claro de aquellas referidas al tipo y calificación del suelo, la confirmación del concepto contractual de roca y el procedimiento a seguir en caso que ella se encontrara.
137. Finalmente, es necesario hacer presente que no existe en este proceso informe pericial alguno que confirme la aparición o existencia de roca en los terrenos de AR y sobre cuáles serían las características de dicha roca, en los términos en que dicho concepto fue definido en el Contrato.
138. En efecto, el informe pericial del Dictuc presentado por la Demandante, señala en sus conclusiones que el Contratista encontró roca en un nivel superior a lo proyectado y que ese aumento implica un aumento en los costos procedimentales y una disminución del rendimiento. No obstante, de la conclusión de dicho informe del DICTUC no es posible comprobar que se utilizó la voz "roca" en el sentido acordado por las Partes y que puede diferir de su uso normal y corriente²¹. Como se ha visto, las Partes pactaron en el Contrato, y específicamente en la página 5 de las EETT²² una definición que es relevante para la determinación de la existencia o inexistencia de roca, definición a la que no hace referencia el informe del Dictuc. En el mismo sentido el informe de TR5 de 13 de abril de 2011, acompañado al proceso por la Demandada, refrenda lo señalado. Las conclusiones emitidas muestran que en opinión del experto, solo en excepcionales ocasiones se requería el uso de picotón, el que en todo caso, estaba contemplado para una situación de esa naturaleza en la información de las bases de licitación²³.
139. Por todos estos antecedentes este Tribunal Arbitral no podrá dar por establecido en este proceso la falta de información en el asunto de licitación acerca de la existencia de roca, y menos aún, la presencia en las excavaciones de roca de las características definidas en el Contrato que hubiese motivado el atraso en la ejecución de los trabajos.
- 140. ii) Error en el cálculo del atraso en la ejecución de las obras. La responsabilidad por la ejecución de CL.**
141. La tercera razón que esgrime la Demanda para sostener que el atraso en la ejecución de las obras no le era imputable a XX, es que en la fecha en que se puso término al Contrato el porcentaje de atraso no alcanzaba al 20% que exige la cláusula 19.2 letra (b) del Contrato.
142. Sostiene la Demandada que a la fecha en que se puso término al Contrato no existía un atraso en la ejecución de las obras ascendentes al 20% sino que el porcentaje era menor. La razón que aduce la Demandante es que para el cálculo del 20%, la Mandante consideró las obras que correspondían a CL cuyo grado de avance efectivamente era muy reducido, que no le era imputable a XX toda vez que existía un acuerdo de las Partes para excluir del ámbito de la responsabilidad de dicha firma los trabajos de obras civiles y excavaciones en dicho sector. Dichas obras serían abordadas por ZZ liberando a XX de toda responsabilidad asociada a dichos trabajos. Así se habría convenido en el Acta de Reunión N° 30 de fecha 24 de marzo del año 2010²⁴.
143. La Demandada expresa en su contestación que es efectivo que en un momento determinado de la ejecución de la obra se le propuso en la reunión de obra N° 30 de 24 de marzo del 2010, excluir del alcance de su Contrato las obras civiles de CL²⁵. La Demandante atribuye a esta orden la naturaleza de una modificación del Contrato, que como tal resulta vinculante para las Partes. A su turno, la Demandada niega que tal modificación haya existido. Señala que en la reunión que refleja el Acta N° 30, solo se acordó que la Mandante intentaría obtener que un tercero ejecutara dichas obras, pero que ello no se logró y por lo tanto se le informó a la Contratista que debía hacerse cargo de dichas obras civiles.
144. El Tribunal concurre en este caso con lo expresado por la Demandada. El Tribunal no ha observado antecedentes donde se demuestre que un acuerdo como el que alega la Demandante se haya formalizado a través de una modificación del Contrato y la emisión de la consiguiente orden de cambio. Según consta de los antecedentes del proceso, tres semanas después de la Reunión N° 30, ZZ determinó que no estaba en condiciones de encargar las

²¹ "Informe Técnico contrato N° SSS09-01 'Instalación Eléctrica y Fibra Óptica en AR' evacuado por Dictus S.A.

²² D-1 (10). *MM 12 m Radio Telescope Project. AR Site Civil, Electrical and Communications Distribution Package. Construction Specifications* de 18 de febrero de 2008.

²³ "Estudio de verificación excavabilidad de zanjas Sitio AR" realizado por TR5.

²⁴ Ver D-9. Set de "Actas de Reunión" celebradas entre el Proyecto MM y XX.

²⁵ "Es efectivo que en un momento determinado de la ejecución de la obra, y para permitir al Contratista paliar su situación de atraso crónico, se le propuso en la Reunión de Obra N° 30 de 24 de marzo de 2010 excluir del alcance de su Contrato las obras civiles de CL, donde existe una concentración importante de fundaciones de antenas del Proyecto MM". Contestación, pp.38-39.

obras civiles a un tercero y J.R., administrador de Contratos por parte de ZZ, le envió un correo electrónico a J.A. de XX con fecha 15 de abril del 2010 del siguiente tenor: "Asunto: CL. Estimado J.: Respecto a las obras civiles (excavaciones, relleno y cruces de caminos y fundaciones) que les comentamos podríamos encargar a otros, te informe (sic) que tal gestión no fue posible. Estas obras deben ser incluidas en la programación del contrato que entregarán el próximo miércoles 21. Saludos, J.R.". Adicionalmente, el Tribunal ha observado que XX incluyó en su primer informe de programación de la obra de fecha 16 de mayo del 2010 y en todos los informes subsiguientes, el subproyecto CL como parte integrante del alcance del Contrato. En el mismo sentido, en la reunión N° 38 de fecha 16 de mayo del año 2010, XX entregó el primer informe de avance total del proyecto incluyendo el subproyecto CL, y así lo siguió haciendo en las reuniones siguientes²⁶.

145. El Contrato es claro en lo que se refiere a las obligaciones que asume el Contratista y expresa que este se compromete a realizar, por mencionar algunas y sin limitarse a ello, todas las obras de movimiento de tierras de excavaciones, rellenos y transporte de excedentes, construcción de fundaciones, instalación de transformadores, instalaciones de *switchgears*, tendido y conexión de cables de fuerza, tendido, instalación y conexión de fibra óptica, pruebas y mediciones de fibra óptica necesarias para operar las antenas que se instalen en AR²⁷. Por su parte, la cláusula vigésimo primera del Contrato expresa que "[l]os aumentos y disminuciones de las obras del proyecto se sujetarán a lo previsto en la sección 6 del 'Statement of Work'. En todo caso, tanto respecto de los aumentos como de las disminuciones, deberá dejarse una constancia escrita suscrita por los responsables de cada parte en la ejecución del contrato designado conforme al Artículo 34 de este contrato"²⁸. No existe constancia alguna de la disminución de las obras alegadas por la parte demandante que evidentemente habrían dado origen a una modificación del Contrato suscrita por ambas Partes, lo que no ocurrió.
146. El sistema utilizado en la práctica por las Partes para realizar modificaciones contractuales era suscribir un documento que se llamaba "Orden de Cambio". Así ocurrió por ejemplo cuando se cambió el sistema de pago, de los denominados costos indirectos del Contrato. No existe orden de cambio alguna debidamente suscrita por las Partes en virtud de la cual se hayan excluido los trabajos a CL como ha pretendido la Demandante.
147. Debe tenerse presente además para determinar los avances o retrasos en la ejecución del proyecto, y en consecuencia los atrasos incurridos, que ellos se hacían en base a los informes de programación que presentaba el Contratista XX. El primer informe fue presentado con retraso con fecha 16 de mayo del año 2010²⁹. De este modo, el atraso de 20% que dio lugar a la terminación del Contrato, fue establecido en virtud de los propios programas de avance de obra elaborados por la firma XX. Este atraso fue además certificado por el Informe Dictuc acompañado por la propia parte demandante y en base a los antecedentes que dicha parte proporcionó a Dictuc. Su Informe reconoce la existencia de un atraso superior al 20% a la fecha en que se puso término al Contrato³⁰. Según dicho Informe la única manera de rebajar el porcentaje de atraso era excluir los trabajos correspondientes a CL, lo que como hemos dicho era improcedente atendido los términos del Contrato.
148. De todos los antecedentes expuestos previamente cabe concluir que la terminación del Contrato por incumplimiento del Contratista en los términos establecidos en la cláusula decimonovena número 2 letra (b) del Contrato está de acuerdo con los términos de dicho Contrato, tanto en lo que se refiere al porcentaje del atraso como a la imputabilidad de dicho atraso a la Contratista. En virtud de lo anterior, el Tribunal Arbitral no hará lugar a las peticiones primera y segunda de la Demanda en cuanto a declarar que la parte Demandada ha incumplido el Contrato.
- b. Efectos de la terminación. Derecho de la Demandante a todo o parte de los montos reclamados en este proceso.**
149. Habiendo resuelto el Tribunal Arbitral que la Demandada no ha incurrido en incumplimiento al haber puesto término anticipado al Contrato, corresponde igualmente rechazar la solicitud de indemnización de perjuicios de la Demandante que se funda en haber existido un incumplimiento del Contrato. No existiendo incumplimiento de Contrato por la Demandada, no es responsable de perjuicios por dicho incumplimiento.

²⁶ Ver D-9. Set de "Actas de Reunión" celebradas entre MM y XX, en especial Acta de Reunión N° 38 y siguientes en el punto 3 de Programación.

²⁷ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula segunda, letra a).

²⁸ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula vigésimo primera.

²⁹ C-10. Informes semanales de XX a ZZ.

³⁰ "Informe Técnico contrato N° SSS09-01 'Instalación Eléctrica y Fibra Óptica en AR' evacuado por Dictuc S.A.

150. No obstante, resta que el Tribunal Arbitral resuelva las consecuencias que conforme al mismo Contrato se siguen en el evento del término anticipado del mismo por incumplimiento del Contratista. Ello se justifica por cuanto el Contrato regula explícitamente los efectos económicos de la terminación refiriéndose a ciertas partidas contenidas en la Demanda, específicamente el Estado de Pago N° 14, el Estado de Pago N° 15 y las retenciones. Ello por lo demás ha sido reconocido por la Demandada quien se ha referido en sus defensas a las razones por las cuales según el Contrato no procedería que se pagaran a la Demandante las cifras mencionadas³¹.
151. Los efectos económicos de la terminación anticipada, se encuentran regulados en la cláusula decimonovena número 3 del Contrato que dice lo siguiente:
- “Efectos de la terminación anticipada por incumplimiento del Contratista. En el evento que la terminación se produzca por incumplimiento del Contratista, la Mandante tendrá derecho a continuar la ejecución del Proyecto directamente o por medio de terceros, hacer efectivas las garantías y las retenciones otorgadas por el Contratista, y resuspender los estados de pago que se encuentren pendientes, todo ello a título de indemnización de perjuicios y sin necesidad de recurrir a arbitraje ni a requerimiento judicial para efectos de constitución en mora, lo que no obstará el derecho de la Mandante de perseguir por cualesquiera otros medios, el pago del total de los perjuicios si estos fueren mayores. Con todo, la Mandante deberá pagar al Contratista hasta el último estado de pago correspondiente a obras ya ejecutadas y debidamente aprobadas. A la liquidación final a que haya lugar se descontará el mayor precio que pueda costar la ejecución del Proyecto, sea que esta se realice por administración directa o mediante un nuevo contrato”.³²
152. Corresponde en consecuencia que el Tribunal Arbitral interprete la referida cláusula y determine si resulta legítimo para ZZ no pagar al Demandante los estados de pago y retenciones reclamadas.
153. Las retenciones, de conformidad con lo estipulado en la cláusula undécima del Contrato constituyen una “garantía adicional de todas las obligaciones asumidas por el Contratista”³³. En consecuencia, el monto de dichas retenciones puede destinarse e imputarse a los perjuicios que haya originado el incumplimiento contractual del Contratista, debidamente establecidos y probados en el juicio.
154. Ello es consistente con lo dispuesto en la citada cláusula decimonovena número tres del Contrato. Según se ha visto, en la primera parte de la cláusula se estipula que en el evento que la terminación se produzca por incumplimiento del Contratista, el Mandante podrá hacer efectivas las garantías y retenciones otorgadas por el Contratista y resuspender los estados de pago que se encuentren pendientes, todo ello a título de indemnización de perjuicios, sin necesidad de recurrir a arbitraje ni a requerimiento judicial para efectos de constitución en mora, lo que no obstará el derecho de la Mandante de perseguir por cualquiera otros medios, el pago del total de los perjuicios si estos fueren mayores. No obstante, la cláusula misma establece que con todo, la Mandante deberá pagar al Contratista hasta el último estado de pago correspondiente a obras ya ejecutadas y debidamente aprobadas. Señalando por último que a la liquidación final a que haya lugar se descontará el mayor precio que pueda costar la ejecución del Proyecto, sea que esta se realice por administración directa o mediante un nuevo contrato.
155. En opinión del Tribunal Arbitral, la debida interpretación de las cláusulas citadas requiere efectuar ciertas precisiones respecto de su alcance. En primer lugar debe hacerse una distinción respecto de estados de pago correspondiente a obras ya ejecutadas y debidamente aprobadas. Estos corresponden al Contratista en todo caso, sin perjuicio de la compensación a la que pudiera haber lugar en la liquidación final en razón del mayor precio que pudiera costar la ejecución del proyecto, lo que estará sujeto por cierto a la justificación y prueba de la Mandante de la existencia de dicho mayor precio y al requisito de liquidación final al que hace referencia. Respecto de las retenciones, el Mandante puede en cuanto constituyen garantías, hacerlas efectivas a título de indemnización de perjuicios, lo que requerirá nuevamente que se justifiquen los perjuicios contra los cuales dichas retenciones se harán efectivas.

³¹ Ver Contestación y Dúplica de la Demandada.

³² D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula decimonovena, número 3.

³³ D-1 (11). Contrato SSS09-01, cláusula undécima.

156. En cuanto a los estados de pago, la Demandante ha solicitado el pago de los Estados de Pago N° 14 y N° 15 por la cantidad de \$ 32.163.437 y \$ 75.478.941, respectivamente³⁴. Estos estados de pago se encuentran acompañados al proceso por la Demandante³⁵. En cuanto al Estado de Pago N° 14, la Demandada reconoce que efectivamente fue aprobado por ZZ el 24 de junio del año 2010 y que mientras se encontraba pendiente el plazo contractual de 15 días para proceder a su pago, se produjo la terminación del Contrato por decisión de ZZ comunicada por carta de 30 de junio del 2010. Agrega que ZZ no procedió al pago del Estado de Pago N° 14 en ejercicio de la facultad establecida en la cláusula decimonovena número tres del Contrato que permite al Mandante en caso de poner término al Contrato por incumplimiento del Contratista, a resuspender los estados de pago que se encuentren pendientes³⁶.
157. Correspondiendo dicho estado de pago a obras ya ejecutadas y encontrándose debidamente aprobado por ZZ, existe en principio la obligación de pagarlo de acuerdo con lo establecido en la cláusula decimonovena número tres del Contrato ya transcrita más arriba. La Demandada argumenta que no procedió al pago de este estado de pago haciendo uso de la facultad que le confiere la referida cláusula para resuspender los estados de pago que se encuentren pendientes, todo ello a título de indemnización de perjuicios. Los perjuicios que justifican este no pago a juicio de la Demandada consisten en las obligaciones laborales y previsionales que el Contratista dejó impagas respecto del personal que trabajaba en el proyecto de instalación eléctrica y fibra óptica.
158. El Tribunal Arbitral no considera fundada la objeción de la Demandada recién aludida. En primer lugar, la situación del Estado de Pago N° 14, según ya se señaló, se encuentra regulada por la última parte de la cláusula decimonovena número tres del Contrato, sin que exista a su respecto la facultad de “resuspensión” a la que se refiere la primera parte de la misma cláusula. Un estado de pago que diga relación con obras ya ejecutadas y aprobadas debe ser pagado, excepto el derecho a compensación que el Contrato otorga al Mandante en caso de mayor precio reflejado en la liquidación final. La Demandada no ha justificado ni probado en el caso de autos la concurrencia de dichas circunstancias.
159. En efecto, la Demandada en el capítulo quinto número cuatro de su escrito de contestación bajo el título: “Rechazo de la demanda pues las cantidades que XX debe restituir a ZZ son mayores que las eventuales obligaciones de ZZ para con XX”, expresa que “[e]n subsidio de la defensa anterior y solo para el evento improbable de que el Honorable Tribunal Arbitral considerase procedente una o más de las partidas que se cobran en la demanda, estas deben ser igualmente rechazadas pues, conforme al Contrato, XX debe reintegrar o aceptar que se imputen las cantidades retenidas o que le sean reconocidas en estos autos, los siguientes conceptos que adeuda a ZZ: 4.1 Pago excesivo de los costos indirectos -rubro que avalúa en la suma \$ 464.817.184-, y 4.2 Pago de las obligaciones laborales y previsionales del personal de XX, que ascienden a \$ 85.819.042”³⁷.
160. En el entender de este Tribunal Arbitral dichos rubros pudieron haber sido demandados reconvencionalmente a título de indemnización de perjuicios o bien levantados como excepción o defensa, pero en ambos casos debían ser probados en el curso del juicio. Es el hecho que los montos referidos en los puntos 4.1 y 4.2 del capítulo quinto de la Contestación no han resultado probados en el presente proceso, y por lo tanto la imputación solicitada en el petitorio subsidiario de la contestación de la demanda no podrá ser acogida.
161. En este sentido, el Tribunal Arbitral no considera como prueba suficiente de pago la declaración del testigo presentado por la Demandada don H.B. y las planillas de cálculo anexas a dicha declaración. La prueba de pago requiere que se acrediten los desembolsos efectivos, así como los documentos justificativos de los mismos, antecedentes que no han sido acompañados al Tribunal Arbitral.
162. En cuanto al pago del Estado de Pago N° 15 ascendente a \$ 75.478.941, dicho estado de pago no ha sido conocido ni aprobado por la Demandada, por lo que su solicitud de pago es improcedente al tenor de la cláusula decimonovena número tres del Contrato que solo ordena pagar los estados de pago debidamente aprobados por la Mandante.

³⁴ Demanda, p.57. Estos montos no incluyen IVA.

³⁵ D-35. Estado de Pago N° 14 de 17 de junio de 2010 y D.36. Estado de Pago N° 15 de 30 de junio de 2010.

³⁶ Contestación, p.50.

³⁷ Contestación, p. 60.

163. Resuelto lo anterior corresponde resolver respecto de la devolución de retenciones por un total de \$ 143.816.487. La Demandada se ha opuesto a su pago, en primer lugar, porque dichas retenciones ascenderían a una cifra inferior, esto es, \$ 132.229.390³⁸.
164. Si bien la Demandante no aportó prueba respecto de las retenciones que alega por \$ 143.816.487, la parte Demandada ha reconocido un menor valor por dicho concepto ascendente a \$ 132.229.390, por lo que el Tribunal tomará este menor valor como la cifra a la que asciende el monto de las retenciones al momento de ponerse el término anticipado al Contrato.
165. Como ya se dijo, las retenciones se encuentran reguladas en la cláusula undécima del Contrato. En ella se señala que los montos retenidos deberán ser restituidos hasta 60 días después de la recepción definitiva del Contrato y que ella haya sido emitida sin observaciones y a entera satisfacción de la Mandante. En efecto, esta cláusula solo tiene utilidad respecto de una terminación pacífica del Contrato una vez que ha concluido naturalmente. En el caso que haya tenido lugar la terminación unilateral del Contrato de forma anticipada, procedería respecto de las retenciones, lo estipulado en la primera parte de la cláusula 19 numeral 3 del Contrato.
166. Respecto de la naturaleza jurídica de esta cláusula, este Tribunal Arbitral es de la opinión que, según ya se dijo, las retenciones constituyen una garantía adicional de las obligaciones del Contratista que pueden imputarse al pago de los perjuicios por sus incumplimientos de dichas obligaciones, perjuicios que deben ser establecidos y probados en el juicio.
167. La Demandada expresó que está facultada para mantener las retenciones en su poder en tanto existan obligaciones pendientes derivadas del incumplimiento contractual que dio origen a la terminación del Contrato³⁹. Al igual que en el caso del Estado de Pago N° 14, este Tribunal estima que los gastos y daños motivados por el incumplimiento contractual que dio origen a la terminación anticipada del Contrato, debieron ser motivo de una demanda reconvenzional o bien una excepción de no pago fundada en la existencia de perjuicios por parte de la Mandante en contra de XX, que le permitiera evitar el pago de las cifras demandadas hasta por la equivalencia de ambos conceptos. En este sentido, según ya fuera señalado, la petición subsidiaria contenida en el petitorio de la contestación de la demanda ya transcrita más arriba, se tendrá por el Tribunal como aquella excepción que, de ser probada, permitiría imputar las cantidades que el Tribunal ordene pagar a ZZ a las sumas que XX adeuda según lo expresado en los puntos 4.1 y 4.2 de su contestación de la demanda ya transcritos más arriba.
168. Sin embargo, para acceder a esta imputación era necesario que ZZ probara la efectividad de los montos adeudados por ZZ tanto por exceso de pago respecto de los costos indirectos como respecto de prestaciones laborales que eran de cargo de XX. Pero dicha prueba no se ha producido en este proceso. La parte demandada se ha limitado a afirmar la existencia de dichas prestaciones y el monto al que ellas ascenderían, sin entregar los antecedentes probatorios que acrediten plenamente su existencia y el monto preciso de las mismas. La Demandante reclama en la especie la restitución de dinero por valores determinados cuya existencia, exigibilidad y monto requerían ser acreditados al Tribunal Arbitral.
169. En razón de lo expuesto, este Tribunal ordenará la restitución de las retenciones a XX por un monto de \$ 132.229.390.

IV. DECISIÓN SOBRE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

170. Cada una de las Partes ha solicitado que se ordene a la otra a pagar los costos del arbitraje. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 36 N° 2 del Reglamento, los Árbitros deben fijar los gastos y costas del arbitraje en el laudo definitivo.
171. En primer lugar, el Tribunal Arbitral desea hacer presente que no se ha constatado un comportamiento de mala fe de ninguna de las Partes ni tampoco existe evidencia sobre eventuales abusos procesales que tengan incidencia en la distribución de los costos del arbitraje. Tomando en consideración aquello, se considera particularmente

³⁸ Contestación, p. 51.

³⁹ Contestación, p. 51.

relevante el grado de prevalencia que ha tenido la pretensión y la defensa para determinar la distribución final de los costos arbitrales.

172. En este entendido, el Tribunal ha decidido que cada una de las Partes asuma los costos de su representación legal ante el Tribunal Arbitral, incluyendo los honorarios de abogados. Los demás gastos deberán dividirse por mitades iguales, por haberse constatado motivos suficientes para litigar.

V. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

173. Habiendo visto y escuchado las pretensiones y prueba presentada por las Partes, en mérito de todo lo expuesto y lo establecido en el Contrato Construcción a Precios Unitarios SSS09-01 entre ZZ y XX de fecha 4 de septiembre del 2009, que rola a fojas 12 de los autos, los Artículos 1.437, 1.489, 1.545, 1.546 del Código Civil y lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional y CAM Santiago, resuelve:

1. No ha lugar a las peticiones N° 1 y 2 del escrito de demanda a fojas 98.
2. Respecto a la petición N° 3, solo se hace lugar al pago de las siguientes cantidades que ZZ deberá pagar a XX:
 - 2.1 \$ 32.163.437 correspondiente al Estado de Pago N° 14.
 - 2.2 \$ 132.229.390 por concepto de devolución de retenciones.
3. Las cantidades que ZZ debe pagar a XX deberán pagarse debidamente reajustadas y con intereses corrientes entre la fecha de la terminación anticipada del Contrato y la fecha en que se haga su pago efectivo.
4. Cada Parte pagará sus respectivas costas y las costas comunes serán pagadas por mitades entre ambas.
5. Se rechazan todas las demás peticiones, alegaciones y defensas presentadas por las Partes.

Sede del Arbitraje: Santiago de Chile, Chile. Fecha: 30/05/2012. Andrés Jana Linetzky, Coárbitro. Manuel José Vial Vial, Coárbitro.

José María Eyzaguirre García de la Huerta, Presidente del Tribunal.